

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le formalisme du contrat d'assurance

Jacquemin, Hervé

Published in:

Revue générale des assurances et des responsabilités

Publication date:

2006

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2006, 'Le formalisme du contrat d'assurance: sanctions et adaptation aux technologies de l'information (1ère partie)', *Revue générale des assurances et des responsabilités*, Numéro 3, 14091.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



LE FORMALISME DU CONTRAT D'ASSURANCE : SANCTIONS ET ADAPTATION AUX TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION (*)

par Hervé JACQUEMIN

*Aspirant du F.N.R.S. aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur
Centre de recherches informatique et droit*

TABLE DES MATIÈRES

Introduction

Chapitre 1^{er}. — *Sanctions du non-respect des exigences de forme*

Section 1. — *Sanctions civiles spécifiques*

§ 1^{er}. — *Formalisme probatoire*

A. — *Formalités probatoires*

I. — *La preuve par écrit du contrat d'assurance*

II. — *Mentions à insérer dans l'instrumentum*

III. — *Délivrance d'une copie*

B. — *Sanctions du formalisme probatoire*

I. — *Défaut de preuve*

II. — *Comment échapper à la sanction?*

a) — *Champ d'application des règles de preuve*

b) — *Aveu ou serment*

c) — *Commencement de preuve par écrit*

d) — *Impossibilité de prouver par écrit*

e) — *Pas de dérogations conventionnelles*

C. — *Regards critiques sur la qualification de formalisme probatoire*

§ 2. — *Formalisme solennel*

§ 3. — *Formalisme de publicité*

§ 4. — *Formalisme d'information ou de protection*

§ 5. — *Comment faudrait-il sanctionner le non-respect des exigences de forme?*

Section 2. — *Sanctions générales*

§ 1^{er}. — *Mise en conformité*

§ 2. — *Sanctions administratives*

§ 3. — *Sanctions pénales*

Chapitre 2. — *Les formes du contrat d'assurance à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication*

Section 1. — *Législation sur la signature électronique*

§ 1^{er}. — *Champ d'application*

§ 2. — *Reconnaissance de la signature électronique en droit belge*

§ 3. — *Notification*

Section 2. — *Loi sur les services de la société de l'information*

§ 1^{er}. — *Champ d'application*

§ 2. — *Adaptation des obstacles formels*

Section 3. — *Recommandé, archivage et horodatage électroniques*

Conclusion

(*) Vu sa longueur, nous publions cette étude en deux parties. Le chapitre 2 paraîtra dans le prochain numéro.

INTRODUCTION

1. — *Exigences de forme requises de la naissance à la fin du contrat.* — Pour reprendre la formule de M. Houben, « comme un être vivant, le contrat d'assurance naît, vit un certain temps, se modifie au fil des jours et meurt enfin de sa belle mort » (1). Au cours de son existence, le contrat d'assurance est soumis à de nombreuses exigences de forme. Dans la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (2) (ci-après, L.C.A.T.), par exemple, il est question de la *signature* de la proposition d'assurance ou des *mentions* qui doivent y figurer (article 4, § 1^{er}), de la *preuve par écrit* du contrat et de ses modifications (article 10), ou encore de la *résiliation* du contrat, par *lettre recommandée à la Poste*, par *exploit d'huissier* ou par *remise de la lettre de résiliation contre récépissé* (article 29).

De nombreux textes légaux ou réglementaires, régissant le contrat d'assurance, prescrivent l'accomplissement de formalités. Certains d'entre eux sont spécifiques au droit des assurances : outre la L.C.A.T., on peut citer la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance (3) (ci-après, loi de contrôle); l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances (4) (ci-après, arrêté de contrôle); l'arrêté royal du 24 décembre 1992 réglant l'assurance contre l'incendie et d'autres périls, en ce qui concerne les risques simples (5); l'arrêté royal du 14 novembre 2003 relatif à l'activité d'assurance sur la vie (6) (ci-après, arrêté vie). On peut également mentionner le projet de loi du 8 septembre 2005 modifiant la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre et la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et à la distribution d'assurances (7) (ci-après, projet de

loi intermédiation). Pour les aspects qui échappent à ces législations, il convient de se référer au droit commun des obligations (voy. notamment, en matière probatoire, l'article 1325 du Code civil).

Dans un premier chapitre, nous nous intéresserons à la manière dont ces règles de forme sont sanctionnées. Nous verrons s'il existe une sanction, en quoi elle consiste et comment y échapper. Nous nous demanderons également si elle est efficace ou, au contraire, devrait être remplacée.

2. — *Incidence des technologies de l'information et de la communication.* — Les technologies de l'information et de la communication (ci-après, T.I.C.) ne cessent de se développer et sont aujourd'hui présentes dans tous les secteurs de la société : dans les relations de travail (télétravail), dans le domaine de la santé (*e-health* ou télématique médicale), en matière d'enseignement (*e-learning*), dans le secteur public (e-gouvernement ou marchés publics dématérialisés), ou dans les relations contractuelles (commerce électronique). Les assurances n'échappent pas au phénomène; à l'une ou l'autre étape du processus contractuel, on pourrait souhaiter recourir aux T.I.C. : pour diffuser des informations lors de la phase précontractuelle, pour conclure le contrat, voire pour le résilier. Cette situation emporte deux conséquences : d'une part, il faut respecter les textes légaux adoptés récemment pour tenir compte de cette réalité et imposant de nouvelles exigences de forme, d'autre part, il faut se demander comment accomplir les formalités du contrat d'assurance dans un environnement numérique.

Pour saisir cette première conséquence, nous étudierons les articles 8 à 10 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques de services de la société de l'information (8) (9) (ci-après, L.S.S.I.). Les services

(1) M. Houben, « La vie du contrat d'assurance », B. Dubuisson et P. Jadoul (sous la dir. de), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre - Dix années d'application*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 15.

(2) *M.B.*, 20 août 1992.

(3) *M.B.*, 29 juillet 1975.

(4) *M.B.*, 11 avril 1991.

(5) *M.B.*, 31 décembre 1992.

(6) *M.B.*, 14 novembre 2003.

(7) *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2004-2005, n° 1993/001. Il vise à transposer la directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O.C.E.*

n° L 009 du 15 janvier 2003, pp. 3-10. Il a été adopté par la Chambre le 12 janvier 2006 et transmis au Sénat (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2005-2006, n° 1993/006). Dans la suite de l'exposé, nous nous référons à ce dernier texte.

(8) (9) En réalité, le législateur belge a adopté deux lois, l'une sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 (*M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960) et l'autre sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963). Dans la suite de la contribution, il ne sera question que du second texte.

ayant trait à l'assurance constituent en effet des services de la société de l'information (10). Nous envisagerons aussi les dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (11) (ci-après, L.P.C.C.), consacrées aux contrats à distance portant sur des services financiers (articles 83*bis* à 83*octies*) (12), et qui concernent notamment les assurances (article 77, § 1^{er}, 4^o, L.P.C.C.). On peut noter que le champ d'application personnel de la L.S.S.I. est plus large que celui de la L.P.C.C. : quelle que soit la qualité du preneur (consommateur ou professionnel), elle doit être observée. Ces dispositions seront examinées dans le premier chapitre.

Pour adapter les exigences de forme à l'environnement numérique, un second chapitre appliquera au secteur des assurances la législation sur la signature électronique et la L.S.S.I. Nous aborderons également le recommandé, l'archivage et l'horodatage électroniques.

CHAPITRE PREMIER SANCTIONS DU NON-RESPECT DES EXIGENCES DE FORME

3. — Sanctions envisageables. — En cas d'inobservation des exigences de forme requises aux différents stades du processus contractuel, trois sortes de sanctions peuvent être envisagées : des sanctions civiles, administratives ou pénales.

(10) En ce sens, Ch.-A. Van Oldeneel, « Contrats électroniques d'assurance », *E-Business en assurance*, dossier du *Bull. ass.* n° 9, 2003, p. 86.

(11) *M.B.*, 29 août 1991.

(12) Ces dispositions ont été insérées par la loi du 24 août 2005 visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, *M.B.*, 31 août 2005 (en vigueur le 1^{er} janvier 2006). Plus précisément, il s'agit de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil et 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.* n° L 271 du 9 octobre 2002, pp. 16-24 (ci-après, directive services financiers à distance) et de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.* n° L 201 du 31 juillet 2002, pp. 37-47.

En cas de non-respect de certaines formalités, des sanctions spécifiques — généralement de nature civile — sont parfois prévues (section 1). Pour les étudier de manière structurée, nous reprendrons la typologie traditionnelle des différents types de formalisme, distinguant le formalisme solennel, probatoire et de publicité. Cette classification est généralement complétée par le formalisme de protection ou d'information, que nous aborderons également.

D'autres sanctions peuvent également frapper la méconnaissance des formalités (section 2). Mais dans cette hypothèse, les sanctions ne sont pas associées à une exigence de forme déterminée : elles sont générales et, pour la plupart, susceptibles de s'appliquer quelle que soit la règle de forme violée. Dans ce cadre, nous étudierons des sanctions pénales et administratives. Nous nous pencherons également sur certains mécanismes de la loi de contrôle qui, sans sanctionner à proprement parler, visent à rétablir la conformité légale.

Section 1

Sanctions civiles spécifiques

4. — Typologie classique des différentes espèces de formalisme. — Traditionnellement, on distingue le formalisme probatoire (§ 1^{er}), solennel (§ 2) et de publicité (§ 3).

Pour classer les formalités au sein de l'une ou l'autre catégorie, il importe de connaître le régime ou, à tout le moins, les éléments caractéristiques permettant de distinguer les différents types de formalisme. Plusieurs critères, éventuellement cumulés, pourraient être envisagés : les finalités ou les fonctions du formalisme, ses modes d'extériorisation ou ses sanctions. Généralement, le formalisme est défini à partir de ses sanctions (13).

Ces dernières années, des auteurs de doctrine ont observé un phénomène de renaissance du formalisme contractuel dans certaines législations récentes (14). Pour

(13) En ce sens, J.-M. Trigaux, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. dr.*, 1997, pp. 204-205.

(14) Voy. notamment P. Van Ommeslaghe, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou *statu quo* ? », *Hommages à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 533-537, n°s 13-17; F. Domont-

caractériser celui-ci, la typologie traditionnelle montre, parfois, certaines limites et il est désormais question de formalisme d'information ou de protection (§ 4). Ce formalisme est généralement compris par référence à ses finalités; protéger ou informer : les modes d'extériorisation ou les sanctions sont à ce point variés que toute tentative de généralisation se révèle extrêmement compliquée.

§ 1^{er}. — *Formalisme probatoire*

5. — *Plan.* — Certaines exigences de forme applicables au contrat d'assurance sont considérées comme des règles de preuve et ressortissent au formalisme probatoire. En cas d'inobservation, c'est donc logiquement à ce niveau que la sanction intervient.

De manière générale, la preuve du contrat d'assurance est régie par l'article 10 de la L.C.A.T. Après avoir indiqué brièvement en quoi consistent les formalités prescrites, nous nous pencherons sur les sanctions qui s'y attachent. Enfin, nous poserons un regard critique sur cette qualification.

A. — *Formalités probatoires*

6. — *Architecture de l'article 10 de la L.C.A.T.* — L'article 10 de la L.C.A.T., intitulé « preuve et contenu du contrat » est divisé en trois paragraphes. Le premier dispose que le contrat d'assurance se prouve par écrit, le second énonce les mentions qui doivent y figurer et le troisième exige de l'assureur qu'il délivre une copie de certains éléments.

Naert, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge », J. Ghestin et M. Fontaine (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 225, n° 13; M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », J. Ghestin et M. Fontaine (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 627-628, n° 19; J.-M. Trigaux, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. dr.*, 1997, p. 204; X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, I 170, 1999, n° 40, p. 1769; G. Couturier, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Défrénois*, 2000, p. 882; M. Demoulin et E. Montero, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, cahier du C.R.I.D. n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 137 et s.

Le premier paragraphe de l'article 10 de la L.C.A.T. ressortit clairement à la preuve : le premier alinéa énonce que le contrat d'assurance *se prouve* par écrit, le deuxième admet la preuve par témoins ou par présomptions lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Quant au troisième alinéa, il déclare l'article 1328 du Code civil inapplicable au contrat d'assurance. Nous envisagerons aussi les autres paragraphes de l'article 10, même si l'on pourrait émettre quelques réserves quant à leur caractère probatoire.

Pour soutenir l'affirmation selon laquelle les règles de forme ne sont requises qu'à titre probatoire, on rappelle souvent que le contrat d'assurance est de nature consensuelle (15) : le consentement des parties suffit pour former le contrat et sa validité n'est pas subordonnée à l'observation d'exigences de forme déterminées.

I. — *La preuve par écrit du contrat d'assurance*

7. — *Deux règles de l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.C.A.T.* — L'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.C.A.T. dispose que « sous réserve de l'aveu et du serment, et quelle que soit la valeur des engagements, le contrat d'assurance ainsi que ses modifications se prouvent par écrit entre parties. Il n'est reçu aucune preuve par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu de l'acte ». Deux règles se dégagent de cet alinéa. Sous réserve de quelques nuances,

(15) F. Ponet, « De landverzekeringsovereenkomst in het algemeen : bepalingen betreffende alle verzekeringsovereenkomsten », *De landverzekeringsovereenkomst - Praktische commentaar bij de wet van 25 juni 1992*, Anvers, Kluwer, 1993, p. 63, n° 192; M. Fontaine, *Droit des assurances*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1996, p. 108, n° 163; M.-A. Crijns, « La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre - Philosophie générale et présentation des dispositions communes à tous les contrats », M. Fontaine (sous la dir. de), *Droit des assurances*, Liège, Formation permanente C.U.P., 1996, p. 73, n° 127; L. Kerzmann, « Du neuf en matière de clauses et de pratiques abusives en assurances de personne - Commentaire des ordonnances ING, Fortis AG et DKV du 16 juin 2003 », *D.C.C.R.*, 2004, p. 42. En ce sens, voy. aussi Liège, 17 mars 2003, *Bull. ass.*, 2003, p. 560. Voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1990-1991, n° 1586/1, pp. 20-21 : « l'écrit n'est [...] exigé que pour la preuve : le contrat d'assurance n'est pas un contrat solennel, il naît par le consentement des parties mais celles-ci doivent avoir la possibilité de disposer d'un document écrit contenant leurs obligations réciproques ».

elles sont similaires aux deux règles de l'article 1341 du Code civil (16).

Conformément à la première règle de l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.C.A.T., « quelle que soit la valeur des engagements, le contrat d'assurance ainsi que ses modifications se prouvent par écrit entre parties ». A la différence de la première règle de l'article 1341 du Code civil, cette disposition ne fixe aucun montant au-delà duquel la preuve par témoignages ou présomptions ne peut être reçue (17). Clairement, la disposition indique d'ailleurs que la règle s'applique « quelle que soit la valeur des engagements ». Par rapport au droit commun de la preuve, le formalisme probatoire du contrat d'assurance est renforcé puisque beaucoup plus d'actes juridiques sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la règle.

L'absence de montant semble une bonne chose. A l'origine, l'indication d'une somme au-delà de laquelle les témoignages et les présomptions n'étaient pas recevables permettait aux parties de prouver par toutes voies de droit des opérations juridiques relativement nombreuses et pour lesquelles la subornation de témoins n'était pas à craindre. Le montant a été modifié au fil du temps mais sans suivre fidèlement l'évolution du coût de la vie; il est donc comparativement moins élevé aujourd'hui qu'en 1804. Les 150 BEF de l'époque valaient en effet nettement plus que les 1.500 BEF de 1938, les 3.000 BEF de 1948 ou les 15.000 BEF de 1991, devenus 375 EUR depuis le 1^{er} janvier 2002 (18). Contrairement à la

jurisprudence qui avait plutôt tendance à adoucir le formalisme probatoire de l'article 1341 du Code civil en interprétant largement ses exceptions (articles 1347 et 1348 du Code civil, dérogations conventionnelles admises), le législateur a renforcé la rigueur de cette disposition. Désormais, un plus grand nombre d'actes juridiques sont soumis à l'exigence d'un écrit (19). Il n'était donc pas approprié d'introduire une telle distinction en matière d'assurances. L'absence de référence à une somme charnière permet également d'échapper aux inévitables problèmes d'évaluation qui auraient pu surgir.

La deuxième règle de l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.C.A.T. prévoit qu'« il n'est reçu aucune preuve par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu de l'acte ». Dans cette hypothèse, un écrit instrumentaire (20) a donc été rédigé mais l'une des parties estime qu'il contient des incertitudes et des omissions (*prouver outre*) ou n'est plus conforme à la réalité en raison, par exemple, de modifications apportées postérieurement à sa rédaction (*prouver contre*). Les présomptions et les témoignages sont irrecevables et un écrit doit nécessairement être produit.

8. — Acte authentique ou sous seing privé. — Conformément à l'article 10, § 1^{er}, de la L.C.A.T., un écrit est requis pour apporter la preuve du contrat d'assurance ou de ses modifications. Celui-ci peut prendre la forme d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé. Dans la très grande majorité des cas, le contrat d'assurance est constaté par acte sous seing privé. On parle de

(16) Les deux règles de l'article 1341 du Code civil sont les suivantes : d'une part, les présomptions et les témoignages ne sont pas recevables pour prouver un acte juridique de plus de 375 EUR (première règle), d'autre part, pour prouver contre ou outre un écrit, un autre écrit est requis (deuxième règle).

(17) Des contrats nommés du Code civil reprennent également le principe de l'article 1341, sans indiquer de montant charnière. Voy. l'article 1715 du Code civil pour le bail de droit commun et l'article 2044 du Code civil pour la transaction.

(18) Article 1^{er} de l'A.R. du 20 juillet 2000 portant exécution en matière de justice de la loi du 26 juin 2000 relative à l'introduction de l'euro dans la législation concernant les matières visées à l'article 78 de la Constitution, *M.B.*, 30 août 2000. La France accuse le même défaut même si le montant est plus élevé. Fixé à 800 euros avec l'avènement de la monnaie européenne (décret n° 2001-476 du 30 mai 2001 portant adaptation de la valeur en euros du montant exprimé en francs figurant dans le décret n° 80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du Code civil, *J.O.*, 3 juin 2001,

p. 8886), il a été porté à 1.500 EUR au 1^{er} janvier 2005 (article 56 du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, *J.O.*, 22 août 2004, p. 15032).

(19) J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle - Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, p. 100, n° 8; F. Chamoux, « La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve », *J.C.P.*, 1981, I (n° 3008), p. 18; D. Mougenot, « La preuve : évolution et révolution », P. Wéry (sous la dir. de), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 152, n° 138.

(20) H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 895, n°s 875-877; N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 164-165, n°s 346-349; D. Mougenot, *La preuve*, 3^e éd., tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 114, n° 44.

police d'assurance. Conformément au droit commun de la preuve, cet écrit doit être signé (21). Il s'agit d'une condition de validité de l'*instrumentum*. Traditionnellement, deux fonctions sont reconnues à la signature (22) : identifier les cocontractants et marquer leur adhésion au contenu de l'acte.

En principe, le prescrit de l'article 1325 du Code civil doit également être observé.

9. — *Application de l'article 1325 du Code civil au contrat d'assurance* (23). — L'article 1325 du Code civil — règle du « double » ou des « originaux multiples » — exige que chaque partie ayant un intérêt distinct dispose d'un *instrumentum* original — c'est-à-dire signé par celui à qui on l'oppose — sur lequel figure le nombre d'originaux établis. De manière générale, on estime que l'article 1325 du Code civil règle la preuve, en matière civile et par acte

(21) E. Vieujean, « Le contrat d'assurance aujourd'hui », *Questions de droit des assurances*, Liège, éd. du Jeune barreau, 1996, p. 196; Ph. Colle, *Algemene beginselen van Belgisch verzekeringsrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 21-22, n° 36; K. Troch et Ph. Colle, « Verzekeringen & Internet : Living apart together? », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 646, n° 17; Ch.-A. Van Oldeneel, « Contrats électroniques d'assurance », *E-Business en assurance*, dossier du *Bull. ass.* n° 9, 2003, p. 107. En jurisprudence, voy., par exemple, Bruxelles, 25 février 1988, *R.G.D.C.*, 1990, p. 132, note Ph. Colle; Civ. Bruges, 22 novembre 1995, *T.A.V.W.*, 1997, p. 199; Gand, 5 février 2004, *Bull. ass.*, 2004, p. 687.

(22) D. Mougenot, *op. cit.*, p. 161, n° 109; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 234, n° 494. Pour reprendre les termes de M. Van Quickenborne, « la signature apparaît ainsi comme une extériorisation d'une volonté interne. En signant, le scripteur transforme ce qui n'était (jusqu'à ce moment) qu'un simple projet, en un acte définitif. Cette deuxième fonction est d'ailleurs étroitement liée à la première : il importe de savoir qui est la personne qui, en apposant sa signature au bas d'un acte, a manifesté sa volonté de s'en approprier le contenu. Si la signature est le sceau de la volonté, encore faut-il pouvoir identifier le titulaire de ce sceau » (M. Van Quickenborne, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », note sous Cass., 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 69, n° 5).

(23) Sur l'application de l'article 1325 du Code civil en matière d'assurance, voy. P. Laloux, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1944, pp. 83-84, n° 99; J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 33, n° 2437; Ph. Colle, « De bewijsproblematiek inzake de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten », note sous Bruxelles, 25 février 1988, *R.G.D.C.*, 1991, pp. 141-143, n° 7-9; F. Ponet, *op. cit.*, p. 64, n° 195; E. Vieujean, *op. cit.*, pp. 196-197; L. Schuermans, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2001, p. 205, n° 267.

sous seing privé, des contrats synallagmatiques (24). L'article 1325 ne doit toutefois pas être respecté pour les lettres missives, assimilées aux actes sous seing privé en matière probatoire (25). Un contrat d'assurance conclu à la suite d'un échange de courriers n'est donc pas soumis au respect de cette formalité.

Dans un arrêt du 20 janvier 1984, la Cour de cassation a rappelé que, conformément à l'article 25 de la loi du 11 juin 1874 (actuellement, article 10 de la L.C.A.T.), le contrat d'assurance doit être prouvé par écrit. Elle précise néanmoins qu'« en raison de l'article 25 du Code de commerce, l'article 1325 du Code civil n'est pas applicable et [...] plusieurs originaux ne devaient pas être rédigés » (26). Les travaux préparatoires de la L.C.A.T. vont dans ce sens : il est indiqué dans l'exposé des motifs que « le projet n'entend pas s'écarter de la solution admise par la doctrine et la jurisprudence, suivant laquelle l'article 1325 ne s'applique pas aux contrats d'assurance conclus par deux personnes commerçantes » (27).

On peut regretter que les travaux préparatoires se fondent sur la qualité des contractants et pas sur la nature de l'acte (28). Pour l'assureur, quel que soit le critère choisi, la solution sera identique : l'assureur est com-

(24) Sur le champ d'application de l'article 1325 du Code civil, voy. H. De Page, *op. cit.*, pp. 826 et s., n° 804; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, pp. 245-248, n° 519-522; D. Mougenot, *op. cit.*, pp. 208-211, n° 127-133.

(25) J. Fally, « Rôle des lettres missives comme instruments de preuve », note sous Liège, 28 octobre 1946, *R.C.J.B.*, 1948, p. 76; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 295, n° 629; D. Mougenot, *op. cit.*, p. 245, n° 181; J. Sace, obs. sous Mons, 19 mars 1980, *Rev. not. belge*, 1980, p. 266.

(26) Cass., 20 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 552. Dans le même sens, P. Laloux, *op. cit.*, pp. 83-84, n° 99.

(27) Exposé des motifs du projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1990-1991, n° 1586/1, p. 21.

(28) En droit commun de la preuve, pour établir ce qui relève de la matière civile ou commerciale et déterminer l'application de l'article 25 du Code de commerce ou de l'article 1341 du Code civil, ce n'est pas la qualité des cocontractants qui est déterminante mais la nature de l'acte accompli (O. Caprasse et A. Benoît-Moury, « Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve », *Droit de la preuve*, Liège, Formation permanente C.U.P., 1997, p. 118; D. Mougenot, *op. cit.*, p. 124, n° 58; P. Wéry, D. Gobert et L. Kerzmann, « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 33, n° 440; Bruxelles, 28 octobre 1993, *J.T.*, 1994, p. 296).

merçant et l'acte est toujours de nature commerciale dans son chef. Mais on pourrait imaginer qu'un preneur possédant la qualité de commerçant souscrive une assurance auto et que ce contrat soit de nature civile dans son chef. L'article 1325 du Code civil devrait selon nous être respecté puisque l'article 25 du Code de commerce n'est pas applicable à son égard. Il en irait de même si le preneur était un particulier accomplissant un acte de nature civile. Il conviendrait donc d'appliquer les règles de manière distributive : seul le particulier et, selon nous, le commerçant accomplissant un acte de nature civile, pourraient invoquer le non-respect de la règle du double (sanctionnée par la nullité relative de l'*instrumentum*). Du reste, le contrat d'assurance est généralement un contrat d'adhésion, il est rédigé par l'assureur qui prendra soin de récupérer l'exemplaire signé. Si l'une des parties doit pâtir de l'absence d'exemplaire original, ce sera généralement le preneur.

A cet égard, il faudrait probablement étendre l'obligation consistant à fournir un exemplaire original et la sanctionner autrement que sur le plan probatoire. Il faut être conscient que la délivrance d'un exemplaire, de préférence original, au preneur est la condition nécessaire pour que les nombreuses formalités d'information sortissent leurs effets. A quoi bon truffer la police ou les autres documents contractuels de mentions informatives si le destinataire de celles-ci ne possède pas le document sur lequel elles figurent ? Ces mentions doivent être apposées, peu importe que le preneur accomplisse un acte de nature civile ou commerciale. Dans tous les cas, il conviendrait donc de lui accorder le droit de recevoir un exemplaire original. Il faudrait aussi songer à une autre sanction, plus efficace et dissuasive que celle intervenant sur le terrain probatoire. Même si leur champ d'application est plus limité (contrats à distance), les dispositions introduites par la loi du 24 août 2005 vont dans ce sens (voy. l'article 4, § 2bis, de la L.C.A.T. ou l'article 83quinquies de la L.P.C.C.).

II. — Mentions à insérer dans l'*instrumentum*

10. — Mentions de l'article 10, § 2, de la L.C.A.T. — L'article 10, § 2, de la L.C.A.T. dispose que « le contrat d'assurance mentionne au moins : 1^o) la date à laquelle le

contrat d'assurance est conclu et la date à laquelle l'assurance prend cours; 2^o) la durée du contrat; 3^o) l'identité du preneur d'assurance et, le cas échéant, de l'assuré et du bénéficiaire; 4^o) le nom et l'adresse de l'assureur ou des coassureurs; 5^o) le cas échéant, le nom et l'adresse de l'intermédiaire d'assurance; 6^o) les risques couverts; 7^o) le montant de la prime ou la manière de la déterminer ». En pratique, la plupart des polices sont nettement plus détaillées et d'autres aspects de la relation contractuelle sont également précisés (29).

Les auteurs estiment qu'il s'agit de formalités requises à titre probatoire (30). D'ailleurs, c'est à ce niveau que la sanction intervient : seule la validité de l'*instrumentum* est affectée en cas d'inobservation (sur ce point, voy. *infra*, n^o 12).

III. — Délivrance d'une copie

11. — Copie. — Suivant l'article 10, § 3, de la L.C.A.T., « l'assureur est tenu de délivrer au preneur d'assurance, au plus tard au moment de la conclusion du contrat, une copie des renseignements que ce dernier a communiqués par écrit au sujet du risque à couvrir ».

La fonction de cette règle de forme est de fournir au preneur une preuve de ses déclarations. Si d'aventure l'assureur lui reproche une omission ou une inexactitude dans la déclaration initiale (voy. les articles 5 à 7 de la L.C.A.T.), il pourra vérifier aisément ce qu'il en est (31). Les travaux préparatoires précisent que « cette obligation paraît normale eu égard au droit de l'assureur d'invoquer ultérieurement ces données contre l'assuré » (32). On range parfois cette règle au sein du formalisme probatoire (33).

(29) En ce sens, M. Fontaine, *Droit des assurances*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1996, p. 207, n^o 384.

(30) En ce sens, B. Dubuisson, « La norme impérative dans le droit du contrat d'assurance », *Liber amicorum Hubert Claassens - Assurance : théorie et pratique*, Anvers, Maklu, 1998, pp. 134-135, n^o 35; J.-M. Trigaux, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. dr.*, 1997, p. 210. Voy. aussi les auteurs cités *infra*, note 39. A propos de la date, voy. M. Demoulin et E. Montero, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, cahier du C.R.I.D. n^o 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 144.

(31) M. Fontaine, *op. cit.*, p. 211, n^o 392.

(32) Exposé des motifs du projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1990-1991, n^o 1586/1, p. 21.

Depuis la loi du 24 août 2005 visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques (article 36), il n'est plus requis qu'il s'agisse d'une copie certifiée conforme. A cette occasion, il avait également été suggéré de supprimer cette disposition mais, compte tenu de sa finalité protectrice, le législateur n'a pas suivi la proposition (34).

B. — Sanctions du formalisme probatoire

I. — Défaut de preuve

12. — Impossibilité de prouver. — Les formalités de l'article 10 de la L.C.A.T. ne sont pas assorties de sanction spécifique. Si elles sont méconnues, il faut donc s'en remettre au droit commun (35).

La sanction intervient sur le plan de la preuve. Plus précisément, elle concerne la recevabilité (36). En violation de l'article 10, § 1^{er}, si aucun écrit n'est établi ou s'il est rédigé en méconnaissance des conditions de validité qui lui sont imposées (signature (37) ou formalité du « double »), des problèmes de preuve se poseront. Comme pour l'article 1341 du Code civil, les témoignages et les présomptions sont irrecevables pour prouver le contrat ou ses modifications ou pour prouver contre ou outre le contenu de l'acte. Or, en l'occurrence, il n'y a pas d'écrit valable. A moins d'échapper à la sanction

en invoquant l'un des moyens de défense examinés par la suite (sur ce point, voy. *infra*, n^{os} 13 et s.), la partie sur laquelle repose la charge de la preuve — et le risque du défaut de preuve — sera dans l'impossibilité de prouver ses allégations et elle n'obtiendra pas gain de cause (38). A cet égard, on constate qu'en cas de contrat purement verbal — pourtant parfaitement valable conformément à la règle du consensualisme — la sanction sera souvent semblable, en pratique, au non-respect d'une règle de validité. C'est d'ailleurs ce qu'exprime l'adage *Idem est non esse aut non probari*.

Cette sanction devrait également être d'application s'il manque les mentions prescrites par l'article 10, § 2. Dans ce cas, l'*instrumentum* n'est pas valable mais il peut être invoqué au titre de commencement de preuve par écrit (39).

II. — Comment échapper à la sanction?

13. — Moyens de défense pour échapper à la sanction. — Pour échapper à cette sanction, la personne sur laquelle repose la charge de la preuve peut contester l'application des règles de preuve prescrivant une formalité spécifique (a). Elle peut espérer un aveu ou déférer le serment à son adversaire (b). Elle peut également se fonder sur un commencement de preuve par écrit pour rendre admissibles les présomptions et les témoignages (c). On verra si elle peut aussi invoquer une impossibilité ou la perte de l'*instrumentum* (d). Enfin, nous rappellerons que, contrairement au droit commun de la preuve, l'article 10 de la L.C.A.T. est impératif, ce qui exclut d'y déroger conventionnellement (e).

(33) En ce sens, M. Demoulin et E. Montero, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 144.

(34) Exposé des motifs du projet de loi visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2004-2005, n^o 1776/1, p. 45.

(35) J.-M. Hauferlin et H. Claassens, « La loi du 25 juin 1992 en ses lignes de faite », *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre : application pratique*, dossier du *Bull. ass.*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 21.

(36) Lorsqu'il est question de recevabilité, on vise généralement « l'admissibilité d'un mode de preuve en justice » (D. Mougenot, *op. cit.*, pp. 74-75, n^o 14-2). Pour une critique de cette notion de recevabilité, M.-E. Storme, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht - Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, p. 1507, n^o 9.

(37) Voy. Bruxelles, 25 février 1988, *R.G.D.C.*, 1990, p. 132, note Ph. Colle; Civ. Bruges, 22 novembre 1995, *T.A.V.W.*, 1997, p. 199; Gand, 11 décembre 2003, *Bull. ass.*, 2003, p. 729; Gand, 5 février 2004, *Bull. ass.*, 2004, p. 687.

(38) Un cas soumis à l'ombudsman et relaté dans son rapport 2004 illustre cette réalité : l'assureur réclame une franchise de 500 EUR. Celle-ci n'était pas prévue dans le contrat initial mais l'assureur prétend qu'un avenant a été transmis au courtier plusieurs mois avant le sinistre. L'assureur ne peut toutefois apporter la preuve de l'acceptation par le preneur de la modification du contrat et il renonce à réclamer la franchise (voy. Ombudsman des assurances, *Rapport annuel 2004*, p. 33, disponible sur le site <http://www.ombudsman.as/pdf/fr/Ombud%20RA04%20FR.pdf>).

(39) E. Vieujean, *op. cit.*, p. 197; M. Fontaine, *op. cit.*, p. 207, n^o 383, note 298; L. Schuermans, *op. cit.*, p. 206, n^o 269; Ph. Colle, *Algemene beginselen van Belgisch verzekeringsrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 22, n^o 37.

a) *Champ d'application des règles de preuve*

14. — Champ d'application de l'article 10 de la L.C.A.T. — Pour circonscrire les hypothèses dans lesquelles l'écrit est requis, nous examinerons si l'article 10 s'applique en matière civile ou commerciale et quelles sont les parties tenues de s'y soumettre. Nous nous demanderons aussi ce que les parties cherchent à prouver.

L'article 10 de la L.C.A.T. s'applique non seulement en matière civile, mais également en matière commerciale (40). Contrairement à l'article 1341, alinéa 2, du Code civil, l'article 10 de la L.C.A.T. n'exclut pas cette matière de son champ d'application; du reste, la règle de l'article 25 du Code de commerce s'applique « sauf les exceptions établies pour les cas particuliers », ce qui est le cas en l'espèce. Qu'il s'agisse de prouver le contrat d'assurance ou ses modifications ou de prouver contre ou outre son contenu, l'article 10 de la L.C.A.T. doit donc être respecté, peu importe la nature civile ou commerciale de l'acte, dans le chef de l'assureur ou du preneur.

Comme en droit commun de la preuve, l'article 10 de la L.C.A.T. ne s'applique qu'entre parties. Les tiers sont donc autorisés à prouver le contrat d'assurance ou ses modifications par toutes voies de droit. Cette solution est logique : on voit mal comment les tiers auraient pu préconstituer un écrit relatif à un *negotium* auquel, par définition, ils n'ont pas participé. On peut aussi justifier cette exclusion du champ d'application en considérant qu'à leur égard, l'acte juridique en question est un simple fait, auquel ne s'applique donc pas l'article 10 de la L.C.A.T. (41).

Pour connaître le champ d'application de l'article 10 de la L.C.A.T., il faut déterminer

ce que l'on cherche à prouver. L'écrit est requis pour prouver le contrat d'assurance et ses modifications ou pour prouver contre ou outre celui-ci. Cette disposition est donc susceptible de s'appliquer à tous les stades du processus contractuel : lors de la conclusion du contrat ou lors de son exécution, si l'une des parties souhaite modifier le contrat, par exemple (42). On aurait d'ailleurs difficilement compris qu'il n'en soit pas ainsi. Les règles de l'article 10 auraient été vidées de leur substance s'il avait été possible de prouver autrement que par écrit les modifications à la convention initiale. La règle s'impose également en cas d'attribution bénéficiaire, par exemple (43).

15. — Distinction existence - contenu. — On peut aussi se demander si l'exigence de l'écrit porte uniquement sur l'*existence* du contrat d'assurance ou s'étend également à son *contenu* (44). Si l'on opte pour un champ d'application large, encore faut-il préciser si tout le contenu du contrat est visé ou seulement certains de ses éléments. La question ne se pose pas s'il existe un écrit valable (45) ou s'il s'agit d'un

(42) Voy. par exemple Anvers, 3 février 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 57; Cass., 30 mai 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13872, *R.A.B.G.*, 2004, p. 723, et la note de G. Jocqué, « Bewijs van de wijziging van de verzekeringsovereenkomst », *Bull. ass.*, 2004, p. 105, note F. Doffagne, « Betalen van de nieuwe premie impliceert akkoord ».

(43) Dans les contrats d'assurance sur la vie, le preneur peut désigner un ou plusieurs bénéficiaires (article 106, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.C.A.T.). A cet égard, l'article 106, § 1^{er}, alinéa 2, de la L.C.A.T. énonce que « la preuve du droit du bénéficiaire est établie conformément à l'article 10 ».

(44) Par ailleurs, il ne faut pas confondre cette question avec l'interprétation de l'écrit. Si les termes de l'*instrumentum* sont imprécis, le juge peut rechercher la volonté des parties et l'interpréter, sous le contrôle de la Cour de cassation. Ce faisant, il ne peut se fonder uniquement sur des éléments extrinsèques – des témoignages par exemple – qui aboutiraient à donner un sens différent à l'acte juridique (en droit commun de la preuve, voy. H. De Page, *op. cit.*, p. 893, n° 871; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, pp. 138-139, n°s 283-285 et pp. 162-163, n°s 341-343; D. Mougnot, *op. cit.*, pp. 116-117, n° 47. En jurisprudence, Cass., 28 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 792; Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 224; Cass., 19 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 730). Les liens entre ces deux matières sont toutefois étroits.

(45) Dans ce cas, offrir de compléter le contenu du contrat consiste à prouver outre celui-ci et la seconde règle de l'article 10 de la L.C.A.T. doit être respectée. Un écrit est donc requis. Dans cette hypothèse, la question se déplacera généralement sur le terrain de l'interprétation (qui ne peut toutefois conduire à méconnaître les règles de preuve). On peut également citer dans ce cadre l'article 1135 du Code civil,

(40) P. Laloux, *op. cit.*, pp. 82-83, n° 98; F. Ponet, *op. cit.*, p. 63, n° 192; M. Fontaine, *op. cit.*, pp. 204-205, n° 378; E. Vieujean, *op. cit.*, p. 195; L. Schuermans, *op. cit.*, p. 203, n° 263; Ph. Colle, *op. cit.*, 2002, p. 21, n° 35; K. Troch et Ph. Colle, « Verzekeringen & Internet : Living apart together? », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 646, n° 17. Voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1990-1991, n° 1586/1, p. 20.

(41) Pour un raisonnement similaire dans le cadre de l'article 1341 du Code civil, voy. Ph. Malinvaud, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.*, 1972, I (n° 2468), n° 10.

contrat purement verbal dont l'existence même est contestée (46). La distinction prend par contre tout son sens lorsque l'existence du contrat n'est pas remise en cause mais uniquement certains éléments de son contenu. Tel est le cas lorsque l'*instrumentum* ne respecte pas les conditions de validité prescrites par le droit commun et le droit des assurances (par exemple, la signature fait défaut ou l'une des mentions de l'article 10, § 2, de la L.C.A.T. vient à manquer). Il en va de même si le contrat d'assurance est conclu verbalement et que l'assureur reconnaît son existence. Dans les deux hypothèses envisagées, l'existence du contrat n'est pas mise en cause mais on peut se demander si la personne sur laquelle repose la charge de la preuve est autorisée à prouver l'élément manquant ou contesté par toutes voies de droit ou si elle doit apporter un écrit, conformément à la première règle de l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.C.A.T. (47). Et tel n'est pas le cas – les témoignages et les présomptions sont donc recevables – si l'exigence de l'écrit énoncée dans cette disposition ne s'applique qu'à l'existence du contrat et pas à son contenu.

En matière d'assurance, on peut mentionner un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2004 (48). Dans cette affaire, la Cour de cassation juge le moyen fondé et casse la décision attaquée au motif « qu'en admettant [...] la preuve par présomptions de l'existence et du contenu du contrat d'assurance conclu entre les parties, sans

relever l'existence d'un commencement de preuve par écrit, le jugement attaqué viole l'article 10, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 25 juin 1992 » (49). Aux termes de cet attendu, la Cour reconnaît que l'article 10 doit être observé – et donc que l'écrit est requis – tant pour l'existence du contrat que pour son contenu (50). Le formalisme de l'article 10 de la L.C.A.T. reçoit donc un champ d'application particulièrement large.

Pour éviter le caractère artificiel de la distinction existence - contenu (51), tout en limitant le champ d'application de l'article 10 de la L.C.A.T. (ou de l'article 1341 du Code civil), on pourrait raisonner en distinguant les éléments essentiels à la perfection du contrat (*negotium*) et les éléments accessoires. Seuls les premiers seraient soumis au prescrit de l'article 10 de la L.C.A.T. (ou de l'article 1341 du Code civil); pour les autres, la preuve par toutes voies de droit serait admise. Reste à établir ce qui relève

(49) Nous soulignons.

(50) En Belgique, dans le cadre de l'article 1341 du Code civil, N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, pp. 141-142, n^{os} 291-292 estime que l'article 1341 ne fait pas une telle distinction et que celle-ci ne peut dès lors justifier sa non-application. Comp. D. Mougenot, *op. cit.*, p. 111, n^o 40 : selon lui, « les lacunes existant dans un contrat verbal ne peuvent être prouvées que par écrit si elles excèdent 15.000 BEF / 375 EUR ». Dans un arrêt du 24 juin 1994 (*Pas.*, 1994, I, p. 651), la Cour de cassation distingue l'existence et le contenu de l'acte mais les soumet au même régime. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat verbal et la Cour dispose que « les demandeurs n'ont pas fait valoir devant les juges d'appel que la défenderesse ne pouvait apporter la preuve de l'existence et du contenu du contrat précité par des présomptions de l'homme; qu'ils ont uniquement invoqué devant les juges d'appel que la défenderesse n'apportait pas la preuve de l'existence et du contenu en question, tel que le prévoient les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire ». Et dans la mesure où les articles 1341, 1347 et 1353 du Code civil ne sont pas d'ordre public, ils ne peuvent être invoqués pour la première fois devant la Cour de cassation et le moyen est déclaré irrecevable.

(51) Prenons l'exemple de la vente. Pour sa validité, ce contrat exige un accord des parties sur la chose et sur le prix (article 1582, alinéa 1^{er} du Code civil). Ces éléments procèdent donc de l'existence du contrat et la règle de l'article 1341 du Code civil doit être respectée à leur égard (les présomptions et témoignages sont irrecevables). On raisonne donc par référence au *negotium* pour déterminer les éléments essentiels du contrat qui doivent figurer dans l'*instrumentum* : le fond et la forme se rejoignent. Distinguer existence et contenu du contrat n'a pas de sens puisque la chose et le prix, qui conditionnent l'existence du contrat, appartiennent également à son contenu : il y a confusion entre les deux éléments. La distinction ne présenterait un intérêt que pour les éléments du contenu qui ne sont pas essentiels à la perfection du contrat (délai de livraison, etc.).

qui dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

(46) Avant même de discuter sur le contenu du contrat, encore faut-il établir son existence. Et dans ce cas, un écrit est requis (voy. par exemple Civ. Louvain, 20 novembre 1990, *Bull. ass.*, 1991, p. 953, où le tribunal rappelle le principe de la preuve par écrit et refuse de considérer que l'estimation des dégâts d'un sinistre par un expert constitue une preuve de l'existence d'un contrat d'assurance).

(47) La seconde règle de l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.C.A.T. ne doit pas être respectée puisque son application est subordonnée à l'existence d'un *instrumentum* valable.

(48) Cass., 6 février 2004, *Bull. ass.*, 2005, p. 82, *R.D.C.*, 2005, p. 1060, note C. Van Schoubroeck. En l'occurrence, l'assureur n'est plus en possession du contrat et est donc dans l'impossibilité de le produire. Il se prévaut néanmoins d'une clause d'exclusion relative à l'intoxication alcoolique. Ce n'est pas l'existence du contrat qui est mise en cause mais le contenu de celui-ci et, plus précisément, une clause d'exclusion déterminée.

de l'essentiel ou de l'accessoire (52). De manière générale, on peut se référer utilement aux développements jurisprudentiels ou doctrinaux, relatifs à la formation du contrat (53) ou à l'appréciation des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (54), pour lesquels cette distinction est également de mise.

b) Aveu ou serment

16. — Recevabilité et force probante. — L'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.C.A.T., s'applique « sous réserve de l'aveu et du serment » (55). Conformément au droit commun, ces deux modes de preuve sont recevables en toute hypothèse.

La force probante de l'aveu est particulièrement élevée, en quelque sorte absolue (56). Peu importe son intime conviction, le juge est lié par l'aveu. S'il doute de la sincérité des propos avoués ou même s'il existe des présomptions en sens contraire, il doit s'y conformer. Il en va de même pour le serment : le juge doit en effet statuer dans le sens de celui-ci (57). L'aveu peut être

écrit ou oral. Il est généralement exprès mais on admet qu'il soit tacite et résulte du comportement de la partie à laquelle on l'oppose. On notera toutefois que la jurisprudence ne l'admet que de manière restrictive, compte tenu notamment des critiques tirées des caractéristiques de l'aveu (58). Celui-ci est en effet considéré comme une déclaration volontaire.

L'exécution spontanée de ses obligations par le débiteur constitue un exemple d'aveu tacite (59). On parle dans ce cas d'aveu en action (60). On peut citer un arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2003 (61). S'agissant de la preuve d'une modification du contrat d'assurance, la Cour estime que celle-ci procède de l'écrit que l'assureur a communiqué au preneur et de l'exécution volontaire par ce dernier du contrat ainsi modifié (62). En l'occurrence, il a payé les nouvelles primes.

(52) Voy. à ce sujet les réflexions de X. Thunis, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 521-542.

(53) Selon l'approche dynamique, le contrat se forme par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. L'offre doit être ferme et complète, ce qui signifie qu'elle doit porter sur les éléments essentiels (d'un point de vue objectif) et substantiels (jugés essentiels par les parties). Les éléments accessoires ne doivent pas nécessairement être repris dans l'offre et peuvent être négociés par la suite. Sur ce point, voy. X. Thunis, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 523-524, n° 4.

(54) Si les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont généralement admises, on ne peut néanmoins s'exonérer de ses obligations essentielles. Sur ce point, voy. X. Thunis, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 525 et s.

(55) De ces deux modes de preuve, c'est généralement l'aveu qui sera invoqué. Les développements qui suivent porteront donc essentiellement sur celui-ci. Pour une application en matière de serment litis-décisoire, voy. néanmoins Civ. Bruxelles, 27 avril 1896, *Pas.*, 1896, III, p. 219.

(56) Sur la force probante de l'aveu, H. De Page, *op. cit.*, pp. 1084-1085, n° 1016; P. Van Ommeslaghe, « Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *La preuve*, actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 18; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 340, n° 772; D. Mougenot, *op. cit.*, p. 340, n° 288.

(57) H. De Page, *op. cit.*, p. 1135, n° 1060; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, pp. 384-385, n° 897; D. Mougenot, *op. cit.*, p. 352, n° 303. Voy. aussi

l'article 1363 du Code civil : « lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté ».

(58) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, pp. 314-315, n°s 706-710; D. Mougenot, *op. cit.*, pp. 331-332, n° 270. Sur ce point, voy. aussi les commentaires de P. Van Ommeslaghe, « Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *La preuve*, actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., pp. 7-10.

(59) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 314, n° 707; D. Mougenot, *op. cit.*, p. 332, n° 271.

(60) D. Mougenot, *op. cit.*, p. 332, n° 271.

(61) Cass., 30 mai 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13872, *R.A.B.G.*, 2004, p. 723, et la note de G. Jocqué, « Bewijs van de wijziging van de verzekeringsovereenkomst », *Bull. ass.*, 2004, p. 105, note F. Doffagne, « Betalen van de nieuwe premie impliceert akkoord ». Voy. aussi Gand, 11 décembre 2003, *Bull. ass.*, 2004, p. 729. Voy. aussi une décision de la cour d'appel de Bruxelles du 25 février 1988 (*R.G.D.C.*, 1990, p. 132, note Ph. Colle). La Cour estime en effet que, même en l'absence de signature de l'assuré, en l'occurrence décédé, « sa veuve peut invoquer l'exécution du contrat comme preuve de l'existence de celui-ci ». Dans ce cas, même si la Cour ne le qualifie pas comme tel, on pourrait estimer qu'il y a l'aveu extrajudiciaire tacite de la part de l'assureur (*cf* aussi Ph. Colle, « De bewijsproblematiek inzake de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten », note sous Bruxelles, 25 février 1988, *R.G.D.C.*, 1991, pp. 144-145, n° 11).

(62) « Dat deze bepaling [article 25 de la loi du 11 juin 1874] er niet aan in de weg staat dat het bewijs van een wijziging van een verzekeringsovereenkomst wordt afgeleid uit een geschrift dat door de verzekeraar aan de verzekeringsnemer wordt medegedeeld en uit de vrijwillige uitvoering die de verzekeringsnemer van de aldus gewijzigde overeenkomst heeft gegeven; overwegende dat de appèl-rechter oordeelt dat het bewijs van de instemming van eiser met de gewijzigde polisvoorwaarden blijkt uit de betaling van de krachtens die wijziging verhoogde premie; dat de appèl-rechter aldus zijn beslissing naar recht verantwoordt ».

17. — *Preuve de l'aveu.* — En tant qu'acte juridique à part entière — et distinct donc de celui qu'il peut éventuellement prouver — l'aveu doit être prouvé par celui qui s'en prévaut conformément aux règles de preuve du Code civil (63). Si la preuve de l'aveu judiciaire ne pose généralement aucun problème, il en va différemment de l'aveu extrajudiciaire (64). On a vu que l'aveu pouvait être écrit ou verbal. Dans le premier cas, la preuve résultera de cet écrit mais celui-ci ne doit pas respecter les formalités des articles 1325 et 1326 du Code civil (65). Il peut aussi être verbal mais l'article 1355 dispose que « l'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait pas admissible ». En d'autres termes, en cas de contestation de cet aveu verbal, et pour autant que l'article 1341 du Code civil ou 10 de la L.C.A.T. soit d'application, la règle de la prééminence de l'écrit doit être respectée (pas de présomptions ou de témoignages) (66). Si tel n'était pas le cas, la règle de l'article 1341 ou de l'article 10 perdrait tout son sens dans la mesure où il serait possible de la contourner au moyen d'un aveu verbal.

En cas de contestation, l'aveu en action peut quant à lui être prouvé par toutes voies de droit (67).

(63) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, pp. 331 et s., n^{os} 749 et s.; D. Mougenot, *op. cit.*, pp. 338 et s., n^{os} 283 et s.

(64) Voy. aussi Liège, 17 mars 2003, *Bull. ass.*, 2003, p. 560, où la cour refuse de prendre en considération l'aveu fait par le représentant d'une partie dans la mesure où celui-ci n'est pas titulaire d'un mandat spécial. Elle estime donc que sans la preuve de ce mandat, l'aveu n'est pas opposable à la partie en question. En l'occurrence, il y a néanmoins commencement de preuve par écrit.

(65) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 332, n^o 752; D. Mougenot, *op. cit.*, p. 338, n^o 285. Pour l'article 1325 du Code civil : Cass., 7 juin 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 683.

(66) H. De Page, *op. cit.*, pp. 1076-1077, n^o 1012 et pp. 1088-1089, n^o 1026; P. Van Ommeslaghe, « Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *La preuve*, actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 16; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 333, n^o 753; D. Mougenot, *op. cit.*, p. 338, n^o 285. Un commencement de preuve par écrit peut toutefois être invoqué pour autoriser la preuve par présomptions (J.P. Jumez, 20 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1347 (somm.)).

(67) D. Mougenot, *op. cit.*, p. 339, n^o 286. Voy. aussi Ph. Colle, « De bewijsproblematiek inzake de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten », note sous Bruxelles, 25 février 1988, *R.G.D.C.*, 1991, p. 144, n^o 11, qui estime que l'exécution du

Si l'aveu — spécialement l'aveu extrajudiciaire tacite dûment prouvé — ou, dans une moindre mesure le serment, permettent parfois d'établir la preuve du contrat, il faut être conscient du caractère aléatoire de ces modes de preuve. On abandonne en effet l'issue du procès à l'autre partie. Et dans une situation conflictuelle, il est à craindre que celle-ci n'avoue pas ou prête le serment dans le sens qui lui est favorable.

c) *Commencement de preuve par écrit*

18. — *Conditions.* — Pour échapper à la sanction, un commencement de preuve par écrit peut être invoqué (68). Si les conditions sont réunies, les témoignages et les présomptions deviennent recevables (69). Cette exception au principe de la prééminence de l'écrit est d'ailleurs expressément mentionnée à l'article 10, § 1^{er}, alinéa 2, de la L.C.A.T.

Encore faut-il que les trois conditions de l'article 1347 du Code civil soient remplies. Un *écrit* est requis. Un écrit quelconque (brouillon, reçu, etc.) ou qui ne respecterait pas les règles de validité propres aux preuves littérales suffit (70). Cet écrit doit *émaner de celui contre lequel la demande est formée ou de son représentant* (71). Il n'est

contrat est un fait juridique qui peut être prouvé par toutes voies de droit.

(68) Pour une application, voy. Liège, 17 mars 2003, *Bull. ass.*, 2003, p. 560.

(69) A cet égard, voy. Cass., 6 février 2004, *Bull. ass.*, 2005, p. 82, *R.D.C.*, 2005, p. 1060, note C. Van Schoubroeck, où la Cour décide « qu'en admettant, par les motifs que le moyen reproduit et critique, la preuve par présomptions de l'existence et du contenu du contrat d'assurance conclu entre les parties, sans relever l'existence d'un commencement de preuve par écrit, le jugement attaqué viole l'article 10, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 25 juin 1992 ». En l'occurrence, le contrat ne peut être produit par l'assureur, ce qui l'empêche, selon le juge d'appel, de démontrer l'existence de la clause d'exclusion qu'il tire du contrat.

(70) H. De Page, *op. cit.*, pp. 912 et s., n^o 892; A. Van Oevelen et E. Dirix, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) », *R.W.*, 1985-1986, col. 175; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, pp. 167-169, n^{os} 353-356; C. Goux, « Observations sur le commencement de preuve par écrit », note sous Liège, 25 février 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 206; D. Mougenot, *op. cit.*, pp. 128-129, n^o 62.

(71) H. De Page, *op. cit.*, pp. 917-919, n^o 894; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, pp. 169-170, n^o 357; C. Goux, *op. cit.*, pp. 207-210; D. Mougenot, *op. cit.*, pp. 129-130, n^o 63. Pour une application en matière d'assurance, voy. Civ. Bruges, 22 novembre 1995, *T.A.V.W.*, 1997, p. 199 (hypothèse de l'écrit émanant de l'intermédiaire d'assurance, considéré comme le mandataire du preneur).

pas requis, pour que la condition soit remplie, que l'écrit ait été rédigé par celui à qui on l'oppose, pour autant que celui-ci l'ait approuvé (en le signant, par exemple) ou se le soit approprié (72). Comme le relèvent des auteurs, « le juge apprécie souverainement d'après les circonstances de l'espèce s'il en est bien ainsi, mais il doit se montrer très circonspect dans son appréciation » (73). Enfin, il faut que l'acte admis comme commencement de preuve par écrit *rende vraisemblable le fait allégué* (74), ce qui requiert une analyse du contenu de celui-ci. Il faut une apparence de vérité (75). Si ces conditions sont remplies, la preuve par témoins et par présomptions est admise (76). Elle est, du reste, requise : le commencement de preuve par écrit est un admicule de preuve, insuffisant en soi (77).

19. — *Quid en droit des assurances?* — En matière d'assurance, cette exception permettra souvent d'obtenir gain de cause.

En l'absence de police, d'autres écrits satisfaisant aux conditions de l'article 1347 du Code civil pourront être invoqués pour prouver le contrat. De nombreux documents ont en effet été échangés au cours du processus contractuel : proposition d'assurance,

demande d'assurance, correspondances diverses, etc. (78).

De même, si la police a été rédigée mais présente une irrégularité, elle pourra éventuellement constituer un commencement de preuve par écrit. Conformément au droit commun de la preuve, tel est le cas lorsque l'écrit n'est pas signé (79) ou dès lors que le prescrit de l'article 1325 du Code civil n'a pas été respecté (80). Si l'une des mentions imposées par l'article 10, § 2, de la L.C.A.T. vient à manquer, l'*instrumentum* vaut également comme commencement de preuve par écrit (81).

Si le commencement de preuve par écrit permet souvent d'échapper à la perte du procès en rendant admissibles les présomptions et les témoignages, il faut insister sur le fait que la preuve par écrit demeure nettement supérieure. Entre parties, la force probante de l'écrit est en effet assez élevée (82). Le pouvoir d'appréciation du juge est extrêmement réduit : passé le préalable de la reconnaissance, on présume que l'écrit émane du signataire et que celui-ci y a adhéré (article 1322 C. civ.). Quelle que soit sa conviction, le juge ne peut décider de ne pas tenir compte de ce que l'acte prescrit.

(72) Comme l'indique C. Goux, « un écrit émane de la partie contre laquelle on l'oppose si on peut établir qu'il lui est propre. Ce caractère lui sera reconnu si l'écrit a été rédigé de sa main, si elle l'a signé ou s'il présente un caractère authentique. A défaut, il faudra établir, par toutes voies de droit, soit que le document lui était propre dès l'origine, étant l'œuvre intellectuelle de cette personne, soit qu'elle a fait sien, en tout ou en partie, un document émanant d'un tiers » (C. Goux, *op. cit.*, p. 210). En jurisprudence, voy. Cass., 19 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 37 (une personne s'approprie l'écrit en le soumettant à ses co-contractants); Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 960; Cass., 12 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 709; Civ. Liège, 26 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 773 (somm.); Civ. Liège, 10 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1335; Liège, 25 février 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 202, note C. Goux.

(73) J. Limpens et R. Kruithof, « Examen de jurisprudence (1960-1963) - Les Obligations », *R.C.J.B.*, 1964, p. 545, n° 151.

(74) H. De Page, *op. cit.*, pp. 919-922, n° 895; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, pp. 171-172, n° 358; D. Mougenot, *op. cit.*, pp. 130, n° 64.

(75) Cass., 24 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 1078.

(76) Cass., 4 mai 1995, *J.T.*, 1995, p. 624.

(77) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 173, n° 360; D. Mougenot, *op. cit.*, p. 127, n° 61; Cass., 6 novembre 1986, *Pas.*, 1987, I, 298; Mons, 18 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 370. En matière d'assurances, voy. J. P. Beringen, 10 février 1961, *Bull. ass.*, 1963, p. 254.

(78) P. Laloux, *op. cit.*, p. 84, n° 100; Ph. Colle, « De bewijsproblematiek inzake de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten », note sous Bruxelles, 25 février 1988, *R.G.D.C.*, 1991, p. 143, n° 10; M. Fontaine, *op. cit.*, p. 206, n° 380; L. Schuermans, *op. cit.*, p. 203, n° 263; Ph. Colle, *op. cit.*, 2002, p. 24, n° 39. En jurisprudence, voy. par exemple Cass., 24 mars 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 483; Liège, 15 mai 1972, *R.G.A.R.*, 1972, n° 8887; Civ. Courtrai, 22 mars 1928, *R.G.A.R.*, 1929, n° 448, obs. O.M.

(79) Civ. Turnhout, 21 mai 1987, *R.G.D.C.*, 1989, p. 171; Civ. Bruges, 22 novembre 1995, *T.A.V.W.*, 1997, p. 199 (absence de signature d'un avenant); Gand, 5 février 2004, *Bull. ass.*, 2004, p. 687.

(80) En droit commun de la preuve, voy. Civ. Liège, 27 septembre 1983, *J.L.*, 1984, p. 245; Civ. Liège, 2 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 407 (somm.); J.P. Herstal, 21 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 34.

(81) Voy. *supra*, note 39.

(82) La force probante d'un acte est « le degré, l'intensité quant à la preuve que la loi lui reconnaît et qui s'impose au juge : acte faisant preuve jusqu'à inscription de faux, jusqu'à preuve du contraire, quelle preuve contraire, commencement de preuve... » (F. Dumon, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 486, n° 35). D. Mougenot précise le sens de la notion en indiquant que « la force probante est l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties » (D. Mougenot, *op. cit.*, p. 75, n° 14-2. Cet auteur se fonde notamment sur la définition donnée par N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 195, n° 397 et s.).

Et pour prouver le contraire, les parties sont tenues de respecter la seconde règle de l'article 1341 ou de l'article 10 de la L.C.A.T. : un écrit est donc requis. Il en va tout autrement des présomptions et des témoignages. La loi ne leur donne pas de force probante : le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation pour les examiner et leur accorder éventuellement une certaine valeur probante (83) (84).

d) *Impossibilité de prouver par écrit*

20. — Application de l'article 1348 du Code civil. — L'article 10 de la L.C.A.T. ne mentionne pas l'exception fondée sur l'article 1348 du Code civil : impossibilité matérielle, morale ou résultant des usages ou perte de l'écrit. Doit-on en conclure que, par dérogation au droit commun, cette exception ne peut être invoquée pour pallier l'absence d'écrit? La réponse est négative. On estime en effet que cette disposition est applicable en matière d'assurance (85). En cas de perte de l'écrit, l'article 1348, 4°, peut ainsi être invoqué (86). Il en va de même s'il y a impossibilité de se constituer un écrit même si les auteurs remarquent qu'en pratique, il est peu probable qu'une telle situation se présente (87).

e) *Pas de dérogations conventionnelles*

21. — Caractère impératif de l'article 10 de la L.C.A.T. — Contrairement au droit commun de la preuve, l'article 10 de la L.C.A.T. est impératif. L'article 3 de la même loi énonce en effet que, « sauf lorsque la possibilité d'y déroger par des conventions particulières résulte de leur rédaction même, les dispositions de la présente loi sont

impératives ». Les parties ne sont donc pas autorisées à y déroger.

Cette caractéristique est de nature à renforcer le formalisme probatoire. Comme on le verra plus précisément dans les paragraphes suivants (*infra*, n° 36), la L.C.A.T. possède toutes les caractéristiques des législations contemporaines de nature consumériste (dont les dispositions sont également, pour l'essentiel, impératives), si ce n'est que, sur le plan des sanctions, on considère que les règles de forme de l'article 10 sont de nature probatoire.

C. — *Regards critiques*
sur la qualification de formalisme probatoire

22. — Faut-il sanctionner l'inobservation de l'article 10 de la L.C.A.T. sur le plan probatoire? — On peut se demander s'il est adéquat de sanctionner l'inobservation de l'article 10 de la L.C.A.T. sur le plan probatoire, spécialement l'absence des mentions (article 10, § 2) ou la copie (article 10, § 3).

23. — Mentions de l'article 10, § 2, de la L.C.A.T. — Si l'absence des mentions prescrites par l'article 10, § 2, de la L.C.A.T., est sanctionnée sur le plan probatoire, il faut conclure que, dans cette hypothèse, l'écrit instrumentaire est irrégulier. Il pourra néanmoins constituer un commencement de preuve par écrit si les conditions de l'article 1347 du Code civil sont réunies. Complété par des témoignages et des présomptions, il permettra de prouver le contrat d'assurance. La plupart des éléments pourront probablement être prouvés par l'un ou l'autre document précontractuel, si l'on démontre que ceux-ci émanent de celui à qui on les oppose et qu'ils rendent vraisemblable le fait allégué. Paradoxalement peut-être, l'irrégularité de l'*instrumentum* aboutira à rendre admissible la preuve par toutes voies de droit. Au niveau de la recevabilité, la situation est plus favorable puisque d'autres modes de preuve seront admissibles. Ils n'ont toutefois pas la même force probante. L'écrit régulier possède une force probante élevée : le pouvoir d'appréciation du juge est limité et la preuve contraire ne peut être apportée qu'au moyen d'un autre écrit. De leur côté, les témoignages et les présomptions ne possèdent pas de force probante : le pouvoir d'appréciation du juge est important. S'il est vrai que l'écrit irrégulier pourra être contesté au moyen de témoignages, par exemple, il est rare que le

(83) La valeur probante d'une preuve est « son aptitude à emporter la conviction du juge » (D. Mougenot, *op. cit.*, p. 75, n° 14-2). C'est « la crédibilité, la confiance, le crédit, le sérieux que le juge peut lui accorder en conscience » (F. Dumon, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, pp. 486-487, n° 35).

(84) Pour les témoignages, voy. H. De Page, *op. cit.*, p. 881, n° 854; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 402, n° 946; D. Mougenot, *op. cit.*, pp. 280-281, n° 225; Cass., 1^{er} février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 643; Liège, 12 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 391. Pour les présomptions, voy. les termes de l'article 1353 C. civ.; en doctrine, voy. H. De Page, *op. cit.*, p. 957, n° 929; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 414, n° 971; D. Mougenot, *op. cit.*, p. 285, n° 239.

(85) De manière générale, E. Vieujean, *op. cit.*, p. 196.

(86) P. Laloux, *op. cit.*, p. 85, n° 102.

(87) *Ibidem*.

juge accepte de recevoir ceux-ci, pour prouver contre ou outre un écrit auquel il ne manquerait qu'une mention accessoire. Il demeure donc préférable de disposer d'un écrit régulier : son efficacité est supérieure à celle des présomptions ou témoignages. Le pouvoir d'appréciation du juge est moins important, ce qui réduit les incertitudes.

On peut se demander si, en considérant que l'article 10, § 2, ressortit au formalisme probatoire, la sanction qui lui est attachée est efficace. Le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion et la police est généralement rédigée par l'assureur. L'absence de l'une des mentions énoncées à l'article 10, § 2, lui sera probablement imputable. Or, si cette formalité n'est pas correctement observée, sur le plan probatoire, la sanction consiste à faire peser sur le cocontractant sur lequel repose la charge de la preuve (le preneur, par exemple) les incertitudes liées aux conditions du commencement de preuve par écrit et à la recevabilité et la valeur probante des témoignages et des présomptions. Et cette incertitude portera non seulement sur la mention manquante, mais également sur la police dans son ensemble (l'écrit instrumentaire est irrégulier et ne constitue pas un écrit valable au sens de l'article 10, § 1^{er}, al. 1^{er}). En général, l'assureur ne pâtira pas de l'inobservation de l'article 10, § 2, de la L.C.A.T., ce qui n'est pas de nature à l'encourager à le respecter.

D'autres mentions doivent également figurer dans la police, conformément aux textes légaux ou réglementaires spécifiques au droit des assurances. Et, à notre connaissance, il n'a jamais été soutenu qu'elles ressortissent au formalisme probatoire. Néanmoins, pour l'essentiel, elles poursuivent les mêmes fonctions d'information et de protection que les mentions de l'article 10. Par souci de cohérence, il serait peut-être souhaitable d'extraire les mentions de l'article 10, § 2, du formalisme probatoire.

24. — Autres sanctions du non-respect de l'article 10, § 2. — D'autres sanctions ont d'ailleurs été proposées.

On peut se souvenir qu'à l'occasion de la modification de la L.C.A.T. en 1994, une autre sanction, plus lourde, avait été proposée en cas de non-respect de la formalité prescrite à l'article 10, § 2. Un nouvel alinéa eût été ajouté, stipulant qu'« en cas

d'infraction à la présente disposition, l'assureur qui a conclu le contrat et le courtier, l'agent ou l'intermédiaire qui est intervenu pour sa conclusion, ainsi que les administrateurs, gérants, directeurs et mandataires des entreprises précitées, sont solidairement tenus du dommage subi par l'assuré, le bénéficiaire ou la personne lésée, de l'exécution du contrat ainsi que du paiement des taxes dues en vertu de la législation belge en raison de la conclusion du contrat » (88). Outre cette sanction civile, une sanction pénale avait également été proposée (89). Ces amendements ont toutefois été retirés compte tenu des sanctions contractuelles prévues par le droit commun et des sanctions administratives qui peuvent être infligées par la C.B.F.A. (90). Comme on le verra, ces sanctions ne sont peut-être pas les plus efficaces (à cet égard, voy. *infra*, n° 46).

Il est intéressant de noter que L. Cornelis et R. Geelen considèrent qu'en raison du caractère impératif de la loi, l'absence des éléments essentiels du contrat est sanctionnée de nullité relative (91). De manière générale, ils considèrent que le problème tient au fait que le contenu de l'*instrumentum* correspond nécessairement à celui du *negotium*. L'absence d'un élément de l'*instrumentum* n'a pas seulement une inci-

(88) Amendements au projet de loi portant modification de certaines dispositions de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1993-1994, n° 1275/5, pp. 2-3 (amendement n° 15 de M. Dielens).

(89) Amendements au projet de loi portant modification de certaines dispositions de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1993-1994, n° 1275/5, p. 4 (amendement n° 17 de M. Dielens) : l'article 139, § 1^{er}, serait complété par : « 3° les administrateurs, gérants, directeurs ou mandataires d'entreprises d'assurance qui offrent ou concluent des contrats qui ne sont pas conformes aux dispositions de l'article 10, § 2, ainsi que les agents, courtiers ou intermédiaires ou leurs administrateurs, gérants, directeurs ou mandataires qui interviennent dans la conclusion de tels contrats ».

(90) Rapport fait au nom de la Commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation et des institutions scientifiques et culturelles nationales par M. Thissen, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1993-1994, n° 1275/6, pp. 14-15 (amendement n° 15) et pp. 24-25 (amendement n° 17).

(91) L. Cornelis et R. Geelen, « Toetsing aan het algemeen (verbintenissen) recht van de gemeenschappelijke bepalingen met betrekking tot de totstandkoming van de landverzekeringsovereenkomsten (art. 4-10 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst) », *R.D.C.*, 1994, p. 409, n° 41.

dence sur le plan probatoire mais affecte également la validité du *negotium* (92). En réalité, il faut se garder de confondre les conditions de validité de l'*instrumentum* et du *negotium*. Si l'un des éléments requis à l'article 10, § 2, n'est pas mentionné sur l'*instrumentum* ou si l'un des éléments essentiels du contrat, qui ne sont pas visés explicitement par l'article 10, § 2, n'est pas repris dans l'écrit, la validité du contrat n'est pas forcément remise en cause. On ne peut en effet déduire de l'absence d'un élément dans l'écrit que les parties n'ont pas marqué leur accord à son propos. S'agissant d'une nullité relative, seul le preneur pourra s'en prévaloir. Même si l'élément n'est pas indiqué dans l'*instrumentum*, en l'absence de contestation, on ne voit pas comment le contrat pourrait être annulé. Même en cas de litige, l'*instrumentum* incomplet vaudra en principe comme commencement de preuve par écrit et, si les conditions de l'article 1347 du Code civil sont réunies, l'élément manquant pourra être prouvé par toutes voies de droit (93). Cela étant, l'idée de sanctionner de nullité relative l'absence, dans l'*instrumentum*, des éléments requis pour la validité du *negotium* est intéressante. Mais il faudrait modifier l'article 10, § 2, de la L.C.A.T. et le formuler comme suit : « à peine de nullité, le contrat d'assurance mentionne au moins ... ».

En poursuivant le raisonnement, il conviendrait également de scinder l'article 10 actuel en trois dispositions distinctes. L'article 10 de la L.C.A.T., de même que la section III dans lequel il est inséré, sont intitulés « Preuve et contenu du contrat ». On pourrait dès lors estimer que cet article règle en réalité deux questions indépendantes : la preuve du contrat, d'une part, son contenu, d'autre part. L'une et l'autre seraient soumi-

ses à des sanctions distinctes. Tout en maintenant l'intitulé de la section III : « Preuve et contenu du contrat », il serait préférable de faire de chaque paragraphe de l'article 10 une disposition distincte. L'article 10 (actuellement l'article 10, § 1^{er}) pourrait être intitulé « Preuve du contrat » et l'article 10bis (actuellement l'article 10, § 2) « Contenu du contrat ». Quant à l'article 10, § 3, il pourrait être déplacé dans une autre section et devenir, par exemple, l'article 7bis.

25. — Copie. — On peut se demander comment sanctionner l'inobservation de l'article 10, § 3, de la L.C.A.T. Si la sanction intervient sur le plan probatoire, on voit mal à quels niveaux pourrait jouer l'irrecevabilité ou la diminution de la valeur probante. Si l'assureur ne délivre pas la copie, le preneur pourra difficilement vérifier si les omissions ou les inexactitudes qu'on lui reproche sont pertinentes. Concrètement, l'assureur n'est sanctionné en aucune manière et il se soustrait parfois à cette obligation. En pratique, en cas de conflit, on lui demandera de produire une copie des renseignements. *A priori*, l'obligation pourrait être supprimée. Mais puisque le législateur a entendu la maintenir (*supra*, n° 11), il conviendrait à tout le moins de garantir son observation, en assortissant son non-respect d'une sanction dissuasive (sur ce point, voy. *infra*, n° 37).

§ 2. — Formalisme solennel

26. — Notion de formalisme solennel. — En suivant le régime des quatre contrats solennels du Code civil — le contrat de mariage, la donation, la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur et l'hypothèque conventionnelle — nous pourrions définir le formalisme solennel par rapport à ses sanctions (94). Relèveraient de cette catégorie

(92) « De problemen die m.b.t. artikel 10, § 2 L.V.W. ontstaan, vinden hun oorsprong in het feit (dat blijkbaar aan de aandacht is ontsnapt) dat de inhoud van het schriftelijk bewijs van een overeenkomst (het *instrumentum*) noodzakelijk aan de inhoud van een rechtshandeling beantwoordt (het *negotium*). Wanneer inzake de inhoud van het *instrumentum* eisen worden gesteld, werken die noodzakelijk door naar de inhoud van het *negotium*. Zij worden niet meer of niet minder essentiële geldigheidsvoorwaarden van de overeenkomst, die niet enkel een invloed hebben op de bewijsregels, maar ook op het rechtsgeldig tot stand komen van de overeenkomst. De gevolgen daarvan zijn de wetgever ontgaan » (L. Cornelis et R. Geelen, *op. cit.*, 1994, p. 412, n° 43).

(93) En ce sens, L. Schuermans, *op. cit.*, pp. 206-207, n° 270.

(94) Pour une définition basée sur les sanctions, voy. M. Demoulin et E. Montero, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 142 (on parle de contrats solennels lorsque « la loi entoure la conclusion même du contrat de certaines formalités, à défaut desquelles celui-ci est frappé de nullité »); P. Brasseur, « Le formalisme dans la formation des contrats - Approches de droit comparé », M. Fontaine, (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat - Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 611, n° 6 (« sont solennels les contrats pour la validité desquels des exigences de forme sont requises dans l'expression du consentement »); B. Nuytten et L. Lesage, « Formation des contrats : regards sur les

les exigences de forme déterminées par la loi et requises à peine de nullité (relative ou absolue) de la manifestation de volonté. On parle aussi de formalités requises *ad validitatem*. On oppose généralement les contrats solennels aux contrats consensuels en envisageant uniquement les formalités prescrites au stade de la formation des contrats. En donnant à la définition un champ d'application plus large, on pourrait considérer que les exigences de forme imposées à d'autres étapes du processus contractuel ressortissent également à cette catégorie dès lors qu'elles sont requises à peine de nullité.

27. — Formes de la résiliation. — On pourrait estimer que les formes de la résiliation, établies à l'article 29 de la L.C.A.T. sont des formes solennelles (95), exigées « en tant que conditions de validité » (96). Cette disposition prévoit que « la résiliation du contrat se fait par lettre recommandée à la poste, par exploit d'huissier ou par remise de la lettre de résiliation contre récépissé » (article 29, § 1^{er}, alinéa 1^{er}) (97).

notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, p. 501, n° 13 (« le contrat solennel est celui pour la validité duquel l'accomplissement d'une formalité déterminée est imposée par la loi »); G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil - Des obligations*, t. 12, 3^e éd., Paris, Sirey, 1906, p. 22, n° 22 (les contrats solennels sont « ceux que la loi soumet à une certaine formalité qu'elle prescrit à peine d'inexistence du contrat »); A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil* (refondu par L. Julliot de la Morandière), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, p. 317, n° 577 (« les contrats solennels sont [...] soumis à certaines formes exigées à peine de nullité de l'acte »); E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965 (réimpression de l'édition de 1937), p. 139 (les contrats solennels « n'existent légalement que si les conditions de forme prescrites par la loi sont remplies à côté des conditions de fond. *Forma dat esse rei*. L'absence d'une condition de forme a la même gravité que l'absence d'une condition de fond. Elle entraîne la nullité de plein droit ou l'inexistence de l'acte »).

(95) B. Dubuisson, *op. cit.*, p. 134, n° 35.

(96) H. Cousy, « Dispositions communes : modification du risque, durée et fin du contrat, prescription, coassurance, arbitrage (commentaire des articles 24 à 36 de la loi du 25 juin 1992) », M. Fontaine et J.-M. Binon (sous la dir. de), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 102-103, n° 13.

(97) Comme indiqué dans le rapport annuel 2004 de l'ombudsman des assurances, « pour simplifier les formalités, il existe au sein du secteur une convention permettant d'envoyer des renoms par fax. Il faut cependant y reprendre certaines informations. Ainsi, il faut que le courtier précise l'identité de l'assureur qui reprend le contrat » (ombudsman des assurances, *Rapport annuel 2004*, p. 25). Sans l'intervention

Dans un arrêt du 17 janvier 2001, la Cour de cassation s'est, semble-t-il, prononcée dans ce sens. Elle a estimé que « si la loi ne subordonne pas la validité de la résiliation à son acceptation, elle exige néanmoins que le destinataire de l'acte ait été mis à même d'en prendre connaissance selon des modalités édictées nonobstant toute convention contraire; [...] ces dispositions protègent et obligent également l'assureur et le preneur d'assurance, sans autoriser l'une quelconque de ces parties à en faire perdre le bénéfice à l'autre par sa propre renonciation; [...] partant, les juges d'appel ont légalement décidé qu'en l'absence de notification régulière, la résiliation du contrat d'assurance n'a pu sortir ses effets » (98).

Si le preneur néglige de recourir à la lettre recommandée à la poste, à l'exploit d'huissier ou à la remise d'une lettre de résiliation contre récépissé, l'assureur pourra prétendre que la résiliation n'est pas conforme à la loi et que le contrat est reconduit pour une nouvelle période d'un an (article 30, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.C.A.T.). A cet égard, l'ombudsman des assurances note, dans son rapport 2004, que certaines entreprises d'assurance « s'accrochent avec rigueur aux formalités prescrites par la loi. Elles interprètent de manière stricte les dispositions qui régissent les modalités pratiques de l'envoi d'une résiliation. Or, des erreurs ou oublis administratifs peuvent s'y glisser. Ainsi, l'absence des différentes références, des numéros de contrat concernés, l'usage du nom erroné de la compagnie après une fusion, le non-respect du délai après une augmentation tarifaire, l'envoi de la lettre recommandée de résiliation à l'intermédiaire sont autant de raisons qu'invoque l'assureur pour refuser la résiliation. Cette attitude semble paradoxale, lorsque l'on constate que les entreprises d'assurance

de leur courtier, les particuliers qui souhaitent résilier leur contrat ne peuvent toutefois recourir à cette procédure.

(98) Cass., 17 janvier 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 99. Cet arrêt est approuvé par M. Houben, qui relève que « mettre fin au contrat d'assurance est une décision grave, et chacun, assureur et preneur, auteur ou destinataire de la notification, doit savoir à quoi s'en tenir exactement. Seule la forme du pli recommandé fournit la sécurité. Car si le courtier, ou un conseil quelconque, avait attiré l'attention du preneur sur l'irrégularité et donc sur l'inefficacité de son renom, il eût pu se faire que le preneur néglige d'aller s'assurer ailleurs, se croyant toujours assuré par l'assureur actuel. On conçoit que la loi veuille lui éviter une méprise » (M. Houben, *op. cit.*, p. 52).

s'écarterent pour des raisons pratiques et de coût, des formalités contraignantes » (99).

28. — Formalités en cas de non-paiement des primes. — En cas de non-paiement des primes, l'assureur doit mettre le preneur en demeure conformément à l'article 15 de la L.C.A.T. (100) pour que la garantie soit suspendue ou le contrat résilié (article 14 de la L.C.A.T.). Dès lors que le législateur a spécifiquement prévu les conditions de forme de la mise en demeure, on peut considérer que leur non-respect empêche que la garantie soit suspendue ou le contrat résilié (101). Un cas soumis à l'ombudsman des assurances illustre cette constatation (102). Il s'agissait en l'occurrence d'une assurance vie solde restant dû. La prestation de l'assureur est demandée suite au décès mais il prétend que le contrat a été résilié pour non-paiement des primes. Il est toutefois dans l'impossibilité de prouver l'envoi de la lettre recommandée : il constate qu'il ne la retrouve plus. Finalement, l'assureur accepte de payer la prestation.

29. — Autre qualification de ces formalités.

— L'objectif des formalités prescrites est d'augmenter la sécurité des transactions. Plus précisément, on veut éviter que le destinataire conteste avoir reçu la notification pour prétendre qu'elle ne lui serait pas opposable. S'agissant d'une fonction sécuritaire, ces formalités s'apparentent plus à du formalisme probatoire qu'à du formalisme solennel. Les formalités des contrats solennels du Code civil ont plutôt pour objectif de protéger le consentement des parties sur le point de s'engager pour un acte grave et potentiellement dangereux sur le plan patrimonial. Par contre, le formalisme probatoire vise à éviter les contestations, notamment en encourageant les parties à préconstituer

un écrit. Sur le plan des sanctions, l'inobservation du formalisme solennel affecte le *negotium*, généralement frappé de nullité. S'agissant du formalisme probatoire, c'est l'*instrumentum* qui est affecté et qui, ce faisant, n'est plus recevable et perd toute force probante.

Compte tenu des fonctions de la formalité, il nous semblerait préférable, en cas de non-respect de celle-ci, de priver d'effets la notification (l'*instrumentum*), sans affecter la résiliation (la manifestation de volonté) (103). Autrement dit, si la notification est transmise au cocontractant mais ne respecte pas les formes prescrites par la loi, la validité de la résiliation ne serait pas remise en cause. En cas de contestation, pour qu'elle soit opposable au destinataire, il conviendrait de convaincre le juge qu'à un moment déterminé, la volonté de résilier le contrat a été portée à la connaissance du cocontractant. Ce raisonnement aurait l'avantage d'offrir aux parties d'autres moyens pour établir que les fonctions de la notification par lettre recommandée ont été atteintes (un aveu, par exemple). Selon les risques de contestation qu'elles sont prêtes à affronter, les parties pourraient dès lors se contenter d'un pli traditionnel.

§ 3. — Formalisme de publicité

30. — Notion de formalisme de publicité. —

On définit généralement le formalisme de publicité comme celui dont l'objectif est d'informer les tiers. En cas de non-respect, l'acte est inopposable à ces derniers.

31. — Formalisme de publicité en droit des assurances. — En droit des assurances, relèvent de cette catégorie les formalités à accomplir pour céder (104) ou mettre en gage (105) les droits résultant du contrat.

(99) Ombudsman des assurances, *Rapport annuel 2004*, p. 24.

(100) Cette disposition indique que la mise en demeure doit être faite par exploit d'huissier ou par lettre recommandée à la poste. Le contenu est également précisé : la date d'échéance de la prime ainsi que les conséquences du défaut de paiement dans le délai doivent être rappelées (article 15, al. 3). L'arrêt visé envisage aussi cette hypothèse, spécialement en cas de réduction ou de conversion (article 13, § 2 et article 15, § 2).

(101) Bruxelles, 6 janvier 1998, *R.D.C.*, 1998, p. 474 (reflet C. Van Schoubroeck); B. Dubuisson, *op. cit.*, p. 134, n° 34, qui considère qu'il s'agit de formes solennelles.

(102) Ombudsman des assurances, *Rapport annuel 2004*, p. 39.

(103) Dans ce cas, pour la résiliation, il faudrait modifier l'article 29, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.C.A.T. de sorte qu'il énonce que « la résiliation du contrat *peut* se faire... ».

(104) Voy. l'article 76 de la L.C.A.T. pour les contrats d'assurance-crédit ou d'assurance-caution : le consentement écrit de l'assureur est requis (sur ce point, L. Schuermans, *op. cit.*, p. 326, n° 490; Y. Merchiers, « Assurance-crédit et assurance-caution », M. Fontaine et J.-M. Binon (sous la dir. de), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 180-182); les articles 119 et 120 de la L.C.A.T. pour le contrat d'assurance vie : un avenant signé par le cédant, le cessionnaire et l'assureur est requis (sur ce point, L. Schuermans, *op. cit.*, pp. 434-435, n°s 670-672; M. Fontaine, *op. cit.*, p. 528, n° 1070).

Le non-respect de certaines règles de forme est sanctionné par l'opposabilité de l'opération. Cette sanction correspond aux fonctions poursuivies par le formalisme. Le régime ne nous semble pas devoir faire l'objet de modifications.

§ 4. — *Formalisme d'information ou de protection*

32. — Définition et insuffisances de la catégorie. — Depuis quelques années, un phénomène de renaissance du formalisme contractuel est constaté par des auteurs de doctrine (106). Ils se fondent sur des législations contemporaines, adoptées pour l'essentiel depuis le début des années nonante (107) et qui constituent des « nids de formalités » (108). S'il est parfois question de formalisme solennel ou de formalisme probatoire pour caractériser ces exigences de forme, il faut admettre que, conçues classiquement, ces catégories montrent des limites. Par exemple, on peut difficilement parler de formalisme solennel — entendu comme celui qui est requis à peine de nullité — lorsqu'aucune sanction civile spécifique n'est prévue en cas d'observation de la règle de forme ou quand le non-respect de celle-ci donne lieu à une réduction des obligations du cocontractant en position d'infériorité (109). Et on voit mal en quoi une mention imposant à une entreprise de s'identifier et d'indiquer son adresse ressortit au formalisme probatoire. Parfois, la classification traditionnelle est

donc complétée par une catégorie relativement générale, intitulée formalisme de protection (110) ou formalisme d'information (111). Le critère de distinction est la finalité des règles de forme.

On peut d'ailleurs reprocher à cette catégorie de présenter des liens étroits avec les autres éléments de la typologie, ce qui peut porter à confusion. On constate en effet que de nombreuses exigences de forme solennelle, probatoire ou de publicité poursuivent également un objectif d'information ou de protection.

33. — Formalités du contrat d'assurance ressortissant à cette catégorie. — En droit des assurances, de nombreuses formalités ne peuvent être classées dans les catégories traditionnelles (formalisme solennel, probatoire ou de publicité). Généralement, elles visent à informer ou protéger une partie en position d'infériorité; on peut donc les classer dans cette quatrième catégorie (formalisme de protection ou d'information).

A l'exception de certaines règles qui s'appliquent de manière transversale (112), la plu-

(105) Articles 117 et 118 de la L.C.A.T. pour le contrat d'assurance vie : un avenant signé par le preneur d'assurance, le créancier gagiste et l'assureur est requis (sur ce point, L. Schuermans, *op. cit.*, pp. 434-435, n^{os} 670-672; M. Fontaine, *op. cit.*, pp. 527-528, n^{os} 1067-1069).

(106) Voy. les réf. citées *supra*, note 14.

(107) Voy. notamment la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (*M.B.*, 29 août 1991); la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (*M.B.*, 9 juillet 1991); la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire (*M.B.*, 19 août 1992); la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial (*M.B.*, 24 avril 1993); la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyage et le contrat d'intermédiaire de voyage (*M.B.*, 1^{er} avril 1994) ou la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé (*M.B.*, 30 avril 1999).

(108) X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, I 170, 1999, n^o 40, p. 1767.

(109) Voy. l'article 86 de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation.

(110) Voy. not. J.-M. Trigaux, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. dr.*, 1997, pp. 206 et s.; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats - Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, Paris, P.U.F., 1986, pp. 47-48.

(111) P. Van Ommeslaghe, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou *statu quo*? », *Hommages à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 536-537, n^o 17; G. Couturier, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 885; M. Demoulin et E. Montero, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 148.

(112) L'article 20, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi de contrôle impose en effet aux entreprises d'assurance de faire figurer « dans toutes propositions et polices relatives à des risques situés en Belgique et en général dans tous documents portés à la connaissance du public en Belgique, la mention suivante : " Entreprise agréée par arrêté(s) royal(aux) du (des)... pour pratiquer les opérations d'assurance suivantes... " ». Cette disposition ajoute que la « mention doit être suivie de la date de la publication au *Moniteur belge* du ou des arrêtés cités ainsi que du numéro d'identification attribué par la C.B.F.A. à chaque entreprise agréée » (al. 2) et qu'« il ne peut être fait allusion, dans les documents précités, à l'agrément ou au contrôle exercé sur les entreprises d'assurances autrement que dans les termes indiqués au premier alinéa » (al. 3). Dans le projet de loi d'intermédiation, on peut également citer le futur article 12^{ter} de la loi du 27 mars 1995, qui impose à l'intermédiaire d'assurances de mentionner sur son papier à lettre et sur d'autres documents diverses informations.

part des dispositions légales ou réglementaires imposant du formalisme doivent être respectées à un moment déterminé du processus contractuel ou en relation avec des documents précis.

Le contrat d'assurance se forme généralement par étapes, marquées par l'échange de l'un des documents visés à l'article 4 de la L.C.A.T. : la proposition d'assurance, la police présignée ou la demande d'assurance. Ces documents sont soumis à des conditions de forme spécifiques : ils doivent être établis par écrit, signés et revêtir certaines mentions (113). Aux termes de l'article 4, § 3, de la L.C.A.T., ces trois documents doivent également être datés par l'assureur, dès leur réception, pour éviter les abus et « accroître la sécurité juridique à l'occasion d'un processus où la chronologie revêt une grande importance » (114).

D'autres formalités sont également prescrites au stade précontractuel (115). On peut citer les obligations d'information énoncées à l'article 8 de l'arrêté vie. En branche 23,

(113) L'arrêté vie précise aussi certains éléments qui doivent figurer dans la proposition (articles 6 et 7).

(114) M. Fontaine, *op. cit.*, p. 116, n° 180. Voy. aussi amendement n° 3, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1990-1991, n° 1586/3, p. 2. Pour la proposition, c'est en effet à ce moment que prend cours le délai de trente jours endéans lequel l'assureur doit notifier au candidat preneur une offre d'assurance, la subordination de l'assurance à une demande d'enquête ou le refus d'assurer (article 4, § 1^{er}, de la L.C.A.T.). Voy. l'article 4, § 2, alinéa 2, de la L.C.A.T. pour la police présignée et la demande d'assurance.

(115) On peut citer l'arrêté de contrôle, qui indique les renseignements à mentionner dans les documents publicitaires (article 15, § 6) ou les informations à communiquer avant la conclusion du contrat (article 15, § 1^{er}). Dans ce dernier cas, il distingue les activités non-vie et vie et, pour les secondes, les informations doivent être « formulées de manière claire et précise, par écrit, et être fournies au moins dans la langue imposée par la loi ou le décret » (article 15, § 3). Cette exigence n'est pas imposée pour les formalités de l'activité non-vie. Il est d'ailleurs précisé, pour l'information relative au nom du pays où est établi le siège social et, le cas échéant, la succursale avec laquelle le contrat sera conclu (article 15, § 1^{er}, a, 1^o, alinéa 1^{er}), que si des documents sont fournis au preneur d'assurance, cette information doit y figurer (article 15, § 1^{er}, a, 1^o, alinéa 2). Voy. aussi, dans le projet de loi intermédiation, les obligations d'informations imposées par les futurs articles 12^{bis} et 12^{ter} de la loi du 27 mars 1995. L'article 12^{quater}, alinéa 1^{er}, a, précise d'ailleurs que ces informations doivent être communiquées au client « sur papier ou sur tout autre support durable disponible et accessible au client ». Le projet de loi envisage aussi l'hypothèse où les informations seraient fournies oralement ou à l'occasion d'une vente par téléphone (article 12^{quater}, alinéas 2 et 3).

par exemple, des preneurs s'étaient plaints du manque d'information suite aux mauvais résultats de leurs placements (116). Certaines indications sont désormais imposées pour obvier à ce type d'écueils (117).

Et si l'assureur recourt à l'internet pour diffuser certaines informations ou conclure le contrat, d'autres formalités doivent également être accomplies. Outre les dispositions de la L.S.S.I. (118), il convient de mentionner les nouvelles règles introduites dans la L.P.C.C. et relatives aux contrats à distance portant sur des services financiers. Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat ou par une offre, l'article 83^{ter}, § 1^{er}, de la L.P.C.C. exige en effet qu'il soit informé sur divers éléments concernant le fournisseur (1^o), le service financier (2^o), le contrat à distance (3^o) et le recours (4^o) (119). Ces informations, ainsi que toutes les conditions contractuelles, doivent lui être communiquées « sur un support papier ou sur un autre support durable, mis à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès, en temps utile avant d'être lié par un contrat à distance ou par une offre » (article 83^{quinquies}, § 1^{er}) (120).

(116) Ombudsman des assurances, *Rapport annuel 2004*, p. 37.

(117) Voy. l'article 8, § 5, alinéa 2, ou l'article 8, § 6. Voy. aussi Ombudsman des assurances, *Rapport annuel 2004*, p. 55.

(118) La L.S.S.I. contient des dispositions visant à garantir la publicité et la transparence sur les réseaux. Les prestataires de services (les assureurs) doivent dès lors assurer aux destinataires de services (les preneurs, qu'ils soient professionnels ou consommateurs) et aux autorités compétentes un accès facile, direct et permanent à diverses informations (article 7). Il s'agit notamment de leurs nom et adresse géographique ou, dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, des coordonnées de l'autorité de surveillance compétente (en l'occurrence, la C.B.F.A.). Concrètement, les sites web des compagnies d'assurance doivent reprendre ces informations et il doit être possible d'y accéder facilement, par exemple au moyen d'un lien hypertexte figurant sur les différentes pages du site. Cette obligation doit être respectée même s'il n'est pas possible de conclure le contrat par voie électronique. Avant la passation d'une commande par voie électronique, l'article 8 de la L.S.S.I. impose aux prestataires de fournir d'autres informations.

(119) On se référera à l'article 83^{quater} en cas de communication par téléphonie vocale.

(120) Cette obligation peut être remplie immédiatement après la conclusion du contrat à distance, si celui-ci a été conclu à la demande du consommateur en utilisant une technique de communication à distance ne permettant pas de transmettre les conditions contractuelles et les informations conformément au § 1^{er} (article 83^{quinquies}, § 2).

Des textes réglementaires imposent également l'insertion de mentions dans la police ou, plus généralement, exigent que des informations soient communiquées au preneur au moment de la conclusion du contrat (121). De même, lorsqu'une commande est passée par voie électronique (par exemple un contrat d'assurance conclu à travers le site web de l'assureur), le prestataire (l'assureur) doit accuser réception de la commande du destinataire (le preneur), conformément à l'article 10 de la L.S.S.I. (122). A tout moment au cours de la relation contractuelle, l'article 83quinquies, § 3, de la L.P.C.C. donne également le droit au consommateur qui en fait la demande « de recevoir les conditions contractuelles sur un support papier ».

Des informations doivent aussi être fournies au preneur en cours de contrat (123), notamment pour le modifier (124).

Des obligations d'archivage (125) ou intervenant après la fin du contrat (126) sont aussi imposées.

(121) Voy. l'article 15 de l'arrêté de contrôle; les articles 10, 11, 12, 13, 15, 17, 18, 21, 34, 37, 40, 41, 42, 58, 69 et 70 de l'arrêté vie; l'article 7, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 24 décembre 1992 réglementant l'assurance contre l'incendie et d'autres périls, en ce qui concerne les risques simples.

(122) Cette opération doit intervenir sans délai injustifié et par voie électronique (article 10, 1^o). L'accusé de réception doit notamment contenir un récapitulatif de la demande (article 10, 2^o). Concrètement, cet accusé peut prendre la forme d'un courrier électronique.

(123) Article 15, §§ 2 et 3 de l'arrêté de contrôle; articles 19 et 20 de l'arrêté vie.

(124) Dans ce cas, il convient de respecter le prescrit de l'article 10 de la L.C.A.T. Voy. également l'article 12, alinéa 3, de l'arrêté de contrôle, qui dispose que « le preneur d'assurance est averti de la modification tarifaire au moins quatre mois avant l'échéance annuelle de son contrat d'assurance, à moins que lors d'une notification ultérieure de la modification tarifaire, le droit lui soit encore accordé de résilier son contrat dans un délai de trois mois au moins à compter du jour de ladite notification. Le droit de résiliation est formellement mentionné dans la notification ». Une notification est donc requise et elle doit comporter certaines mentions. Voy. aussi l'article 15 du contrat-type auto, qui ne prévoit pas un régime identique (à cet égard, voy. M. Houben, *op. cit.*, pp. 40-41).

(125) Outre les obligations générales d'archivage applicables à toutes les entreprises (voy. par exemple la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises, *M.B.*, 4 septembre 1975), la loi de contrôle impose aux entreprises d'assurance de « conserver les documents relatifs aux contrats souscrits par leur établissement belge, soit au siège social des entreprises belges, soit au siège belge des agences ou succursales des entreprises étran-

34. — Sanctions en cas de non-respect du formalisme d'information ou de protection.

— De manière générale, aucune sanction civile n'est prévue en cas d'observation de ces obligations d'information. C'est d'ailleurs l'une des faiblesses de cette catégorie, qui la distingue du formalisme solennel, probatoire ou de publicité. Il convient donc de s'en remettre au droit commun (en invoquant une *culpa in contrahendo*, par exemple) (127).

Il faut toutefois signaler que pour le non-respect des obligations d'information imposées par les articles 83ter et suivants de la L.P.C.C., des sanctions civiles spécifiques sont établies. L'article 83octies, § 2, énonce en effet qu'« en cas de non-respect des obligations des articles 83ter, § 1^{er}, 2^o et 3^o, 83quater, et 83quinquies, le consommateur peut résilier le contrat sans frais ni pénalités par lettre recommandée et motivée dans un délai raisonnable à partir du moment où il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations ». On notera que les manquements aux obligations d'information portant sur le fournisseur ou le recours (article 83ter, § 1^{er}, 1^o et 4^o) ne sont pas visés. La directive sur les services financiers à distance autorisait les Etats à imposer une telle sanction (article 11). La position du consommateur est donc assez confortable, d'autant que la preuve du respect de ces obligations incombe au fournisseur (article 83decies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.P.C.C.). Une autre sanction résulte également du paragraphe 2bis de l'article 4 de la L.C.A.T. (introduit par la loi du 24 août 2005). Cette disposition octroie un droit de résiliation pour le contrat d'assurance conclu à distance. Sauf exception pour l'assurance vie, le délai commence à courir à partir de la conclusion du

gères, soit en tout autre lieu préalablement agréé par la C.B.F.A. (article 21, § 1^{er}, al. 1^{er}). La durée de cette conservation peut être fixée par la C.B.F.A., par voie de règlement (article 21, § 1^{er}, al. 2).

(126) En matière d'assurance auto, par exemple, l'article 1^{er}quater de l'arrêté royal du 14 décembre 1992 relatif au contrat type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automobiles impose à l'assureur de communiquer au preneur diverses informations, relatives notamment au contrat (échéance annuelle, prise d'effet et date de fin, etc.), ou aux sinistres éventuellement survenus. De cette manière, ce dernier peut les communiquer au nouvel assureur.

(127) J.-L. Fagnart, *Traité pratique de droit commercial*, t. 3, *Droit privé des assurances terrestres*, Bruxelles, éd. Story-Scientia, 1998, p. 64, n^o 79.

contrat (article 4, § 2bis, alinéa 3, 1^{er} tiret). Il est toutefois indiqué qu'il commence à courir « à compter du jour où le preneur d'assurance reçoit les conditions contractuelles et toutes autres informations complémentaires, si ce dernier jour est postérieur à celui visé au premier tiret ». Si les informations sont communiquées avec retard, le point de départ du droit de renonciation est postposé en conséquence. En pratique, le preneur a donc plus de temps pour résilier le contrat. Cette incertitude potentielle devrait inciter les assureurs à respecter leurs obligations.

§ 5. — *Comment faudrait-il sanctionner le non-respect des exigences de forme?*

35. — *Critères d'évaluation des sanctions.*

— Pour sanctionner l'inobservation des exigences de forme, on peut imaginer plusieurs types de sanctions. *A priori*, pour être efficace, la sanction doit être dissuasive, tout en demeurant proportionnée. Elle doit également être en adéquation avec les fonctions poursuivies par la règle de forme; en conséquence, elle ne peut être invoquée si l'objectif — par exemple, informer pour protéger le consentement — est atteint par ailleurs. Il faut aussi faire en sorte que la sanction ne frappe que la partie qui a méconnu la règle de forme. Par exemple, si la seule sanction consiste en l'annulation du contrat, il n'est pas sûr que le preneur la demande, compte tenu des inconvénients qui en résulteraient (absence de couverture, nécessité de négocier un autre contrat, etc.).

36. — *Autres législations poursuivant les mêmes fonctions.* — Auparavant, en matière d'assurance, le législateur cherchait essentiellement à protéger l'assureur contre les fraudes de l'assuré (127bis). Ce souci est toujours présent mais, depuis le début du XX^e siècle, et suite notamment à une tendance impulsée par la jurisprudence, d'autres préoccupations sont également prises en compte. L'adoption de la L.C.A.T. a confirmé la tendance et on peut désormais affirmer que « le droit contemporain du contrat d'assurance est principalement axé sur la protection du consommateur » (128). En

témoigne notamment le caractère impératif de nombreuses dispositions de la loi (article 3 de la L.C.A.T.)

D'autres législations contemporaines, révélatrices d'un phénomène de recrudescence du formalisme contractuel, visent également à protéger la partie faible de la relation contractuelle (129). On pourrait donc s'en inspirer pour trouver des sanctions efficaces. Généralement, la sanction n'intervient pas sur le plan probatoire (130). Au niveau civil, la nullité (131), voire d'autres sanctions plus originales, comme la réduction des prestations ou l'allongement de certains délais (132), sont prévues en cas d'inobservation des règles de forme. *A priori*, ces sanctions sont plus dissuasives. Reste à voir si elles servent effectivement les intérêts de la partie faible. En matière d'assurance, il n'est pas sûr que sanctionner le non-respect des règles de forme par la nullité du contrat soit favorable au preneur. Souvent, il a plutôt intérêt à ce que la couverture soit maintenue. D'autres sanctions doivent alors être imaginées.

37. — *Applications en droit des assurances.*

— Pour trouver des sanctions efficaces, il convient donc de raisonner au cas par cas,

(129) Voy. les législations citées *supra*, note 107.

(130) Voy. toutefois la loi sur le contrat de voyage, qui, selon certains auteurs, serait soumise à un formalisme de type probatoire (en ce sens : F. Van Bellin ghen, « De totstandkoming van de reisovereenkomst », H. De Coninck, G. Straetmans et J. Stuyck (éd.), *Nouvelle loi belge sur les voyages (loi du 16 février 1994). Rapports actualisés et annexes complémentaires de la journée d'étude du 28 avril 1994*, commission de litiges voyages a.s.b.l., 1994, pp. 50-52; C. Guyot, *Le droit du tourisme*, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2004, pp. 69-70, n° 93; *contra* : Anvers, 23 novembre 2004, *D.C.C.R.*, 2005, p. 41, note F. Van Bellin ghen.

(131) Spécifiquement pour les mentions, voy. par exemple l'article 86, alinéa 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation (qui prévoit également une autre sanction); l'article 6, § 1^{er}, de la loi sur le courtage matrimonial; l'article 7, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé.

(132) Voy. l'article 86, alinéa 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation, qui, outre la nullité, prévoit aussi une sanction consistant dans la réduction des obligations du consommateur au maximum jusqu'au prix au comptant ou au montant emprunté; voy. aussi l'article 28, § 1^{er}, de la loi sur le crédit hypothécaire, qui autorise l'emprunteur à effectuer un remboursement anticipé. Certaines sanctions sont aussi liées à l'exercice du droit de renonciation : article 80, § 2, de la loi sur les pratiques du commerce (délai de renonciation porté à trois mois); article 9, § 1^{er}, 3^e, de la loi relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé (délai porté à un an).

(127bis) M. Fontaine, *op. cit.*, pp. 38-39, n° 58.

(128) M. Fontaine, *op. cit.*, p. 39, n° 58. En ce sens, voy. aussi L. Schuermans, *op. cit.*, pp. 180-181, n° 231 (il ne cite toutefois pas l'article 10 de la L.C.A.T. pour illustrer ses propos).

en tenant compte des fonctions remplies par la règle de forme. Il faut toutefois rester conscient que, dans certaines hypothèses, les critères que nous avons posés ne pourront être respectés. Il demeure toutefois possible de se tourner vers des sanctions classiques, frappant uniquement le cocontractant, sans affecter le contrat (sanctions pénales ou administratives).

A titre d'illustration, voici trois exemples de ce mode de raisonnement.

On sait que le délai d'un mois à partir duquel la résiliation sortit ses effets doit figurer dans le contrat et doit être rappelé dans l'acte de résiliation (article 29, § 2, alinéa 2, de la L.C.A.T.). On peut s'interroger sur la sanction en cas de non-respect de cette règle, que ni la loi, ni les travaux préparatoires n'envisagent. H. Cousy se demande si l'on pourrait prétendre que « dans un tel cas, au moins pour ce qui est de la résiliation signifiée par le preneur, le délai est réduit à son minimum légal qui est d'un mois, ou même à zéro de sorte que la résiliation pourrait alors être donnée avec effet immédiat » (133). Une telle sanction est conforme aux fonctions poursuivies par la règle de forme : l'objectif est d'informer le preneur que la résiliation ne sortira pas ses effets immédiatement. S'il ignore cette règle, elle ne peut lui être opposée et il semble logique que les effets ne soient pas postposés. Mais dans la mesure où le preneur peut ne pas avoir intérêt à ce que cette sanction soit immédiate (le temps de trouver une autre assurance), lui seul peut l'invoquer. Par ailleurs, si l'assureur parvient à démontrer que le preneur connaissait ce délai, celui-ci ne peut évidemment invoquer le non-respect de la règle de forme. L'adage « pas de nullité sans grief » devrait être appliqué en l'occurrence.

On peut aussi prendre l'exemple de certaines mentions qui doivent figurer dans la police présignée ou la demande d'assurance (article 4, § 2, alinéa 2, de la L.C.A.T.). Ces documents doivent en effet indiquer que l'une ou l'autre partie a la faculté de résilier le contrat endéans un certain délai (trente jours pour les contrats d'assurance sur la vie et quatorze jours pour les autres contrats). Si l'assureur néglige d'insérer cette mention, deux sanctions peuvent être imaginées. Le preneur

peut s'opposer à ce que l'assureur résilie le contrat dans le délai prévu, puisqu'il n'était pas informé de cette possibilité. En outre, il doit pouvoir disposer d'un délai plus long pour résilier le contrat, de sorte que, s'il apprend par la suite qu'il bénéficie de cette faculté, il puisse l'exercer (134). On peut aussi s'inspirer de l'article 4, § 2bis, qui retarde le point de départ du délai de résiliation si les informations ne sont pas transmises (voy. *supra*, n° 34).

Le non-respect de l'article 10, § 3, de la L.C.A.T., imposant à l'assureur de délivrer une copie des renseignements fournis par écrit par le preneur pourrait aussi être sanctionné de manière fonctionnelle. En l'absence de cette copie, on pourrait imaginer que l'assureur ne puisse se prévaloir d'une omission ou d'une inexactitude du preneur (135).

Section 2 Sanctions générales

§ 1^{er}. — *Mise en conformité*

38. — Mécanismes de la loi de contrôle. — Parmi les sanctions générales, deux mécanismes de la loi de contrôle, prévus aux articles 19bis et 21octies, peuvent être mentionnés. Certes, l'objectif est moins de sanctionner l'assureur que de faire en sorte que le contrat soit mis en conformité par rapport aux dispositions légales. Mais dans la mesure où ils peuvent être mis en œuvre lors de la méconnaissance d'une exigence de forme, il nous semble justifié de les aborder dans cette contribution.

Encore faut-il que les documents contractuels ne soient pas conformes à la loi de contrôle ou aux dispositions prises en application de celle-ci. Qu'en est-il de la L.C.A.T.? Celle-ci n'a pas été adoptée en application de la loi de contrôle, ce qui empêche d'invoquer le mécanisme de l'article 19bis. Pour l'article 21octies, on peut se fonder sur l'article 140 de la L.C.A.T., qui donne compétence à la C.B.F.A. pour contrôler le respect des dispositions de la loi du 25 juin 1992 et de ses arrêtés d'exécution. Et il est logique de con-

(134) Voy. *supra*, note 132.

(135) En ce sens, J.-M. Trigaux, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. dr.*, 1997, p. 210.

(133) H. Cousy, *op. cit.*, pp. 102-103, n° 13.

sidérer que, pour effectuer ce contrôle, la C.B.F.A. puisse recourir aux armes qui sont mises à sa disposition par la loi de contrôle, en ce compris le mécanisme de l'article 21octies.

39. — Conversion. — L'article 19bis de la loi de contrôle dispose que « toutes clauses et tous accords qui ne sont pas conformes aux dispositions de la présente loi ou des arrêtés et règlements pris pour son exécution sont censés avoir été établis dès la conclusion du contrat en conformité avec ces dispositions ».

Appliquée à l'hypothèse qui nous occupe, cette règle signifie que si un document ne respecte pas les dispositions formelles imposées par la loi de contrôle ou ses arrêtés d'exécution, par exemple parce qu'il manquerait l'une des mentions prescrites par ceux-ci, il faut considérer que la mention est effectivement présente et appliquer la disposition litigieuse en conséquence (136). On pourrait parler de conversion. Il faut lire l'*instrumentum* converti comme s'il était conforme à la loi.

Il faut toutefois signaler que, dans la mesure où de nombreuses exigences de forme poursuivent un objectif d'information, un tel mécanisme ne présente pas la moindre utilité pratique dans l'hypothèse qui nous occupe (137). Ainsi, conformément à l'arrêté de contrôle, pour le groupe d'activités vie, le preneur doit recevoir, avant la conclusion du contrat, une information relative à la définition de chaque garantie et option (article 15, § 1^{er}, b, 4^o). Si l'entreprise d'assurance ne respecte pas cette obligation, le preneur sera bien en peine de connaître l'information en question, même si l'on considère, par fiction, qu'elle figure dans le contrat.

Du reste, cette règle ne possède pas le moindre caractère dissuasif pour l'assureur. Le seul risque qu'il prend en ne respectant

pas la loi est de devoir supporter une application correcte de celle-ci (138).

40. — Retrait ou reformulation. — Un autre mécanisme est prévu à l'article 21octies, § 1^{er}, de la loi de contrôle. Il est rédigé comme suit : « sans préjudice de l'application de l'article 19bis, la C.B.F.A. exige le retrait ou la réformation des documents à caractère contractuel ou publicitaire dont il constate qu'ils ne sont pas conformes aux dispositions prévues par ou en vertu de la loi » (139).

Informée d'une méconnaissance de la loi sur le plan formel, par exemple parce qu'une mention serait mal rédigée ou viendrait à manquer, la C.B.F.A. pourrait donc imposer à l'entreprise d'assurance de retirer le document à caractère contractuel ou publicitaire ou de procéder à sa reformulation (140). On peut concevoir que la C.B.F.A. intervienne si elle constate que, de manière générale, des documents précontractuels ou la police établis par une entreprise donnée sont systématiquement en défaut de respecter les dispositions de la loi. Mais si, dans certains cas particuliers, des mentions sont absentes, il est rare qu'un preneur se plaigne à la C.B.F.A.

41. — Regards critiques sur ces mécanismes. — On peut donc émettre des réserves quant à l'efficacité de ces mécanismes. Si le retrait ou la reformulation prévus à l'article 21octies de la loi de contrôle présentent une certaine utilité lorsque la C.B.F.A. est informée de la violation, le système doit nécessairement être complété par d'autres sanctions, nettement plus dissuasives.

§ 2. — Sanctions administratives

42. — Publicité des injonctions. — On a vu que la C.B.F.A. pouvait adresser des injonctions aux entreprises d'assurances, pour exiger le retrait ou la reformulation de certains documents (voy. *supra*, n° 40). Si une

(136) Pour une application de l'article 19bis dans l'hypothèse où une clause d'un contrat d'assurance auto serait contraire au contrat type auto, sans être favorable à l'assuré ou aux tiers, voy. L. Kerzmann, « La nature hybride du contrat type auto et son incidence sur la validité des contrats 29/29 », *Bull. ass.*, 2004, p. 422, n° 7.

(137) Voy. Mons, 6 mai 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 1066 où, dans le cas d'une clause ambiguë, la cour souligne « le caractère "surréaliste" de l'application de l'article 19bis [...] : la clause ambiguë est censée être ... rédigée en termes clairs et précis ».

(138) Voy. aussi B. Dubuisson, *op. cit.*, p. 134, n° 34.

(139) Voy. aussi le futur article 13bis de la loi du 27 mars 1995, introduit par le projet de loi intermédiaire (article 23).

(140) Pour une telle sanction lorsque les mentions prévues par l'article 4 de la L.C.A.T. ne sont pas insérées dans la proposition d'assurance; la demande d'assurance ou la police présignée (à propos de l'assurance incendie), voy. Ph. Colle, *Les contrats d'assurance réglementés*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 28, n° 11, p. 29, n° 14 et p. 30, n° 15.

entreprise d'assurance fait fi de ces injonctions et n'y donne pas suite, « la C.B.F.A. peut, moyennant préavis d'un mois, indépendamment des autres mesures prévues par la loi et les règlements, rendre publiques ces injonctions par la voie du *Moniteur belge* » (article 81 de la loi de contrôle). L'effet négatif engendré par cette publication est censé convaincre les entreprises négligentes de se soumettre aux injonctions de la C.B.F.A. Dans ce cadre, une publication dans un quotidien belge à grand tirage, au frais de l'entreprise, pourrait probablement avoir un impact plus grand.

43. — Amende administrative. — Aux termes de l'article 82 de la loi de contrôle, une amende administrative peut également être infligée par la CBFA lorsque l'entreprise d'assurance reste en défaut de se mettre en conformité avec la loi ou ses arrêtés d'exécution après le délai fixé (141). Une telle sanction pourrait frapper l'entreprise d'assurance dont les documents ont été établis en méconnaissance des règles de forme (142).

44. — Retrait de l'agrément. — Une entreprise d'assurance ne peut souscrire ou offrir de souscrire des contrats d'assurance si elle n'a préalablement reçu un agrément de la C.B.F.A. (143). L'octroi de celui-ci est subordonné au respect de diverses conditions imposées par la loi de contrôle ou ses arrêtés d'exécution (voy. les articles 3 et s. de la loi de contrôle).

Or, l'agrément accordé aux entreprises belges d'assurance peut être révoqué par la C.B.F.A., moyennant une décision motivée, si celles-ci manquent gravement aux obligations imposées par la loi de contrôle et ses arrêtés d'exécution (article 43, § 1^{er}, 1^o, b, de la loi de contrôle). S'il manque une mention, cette sanction est évidemment excessive. Mais en cas de manquements répétés et d'attitude inchangée suite à des injon-

tions de la C.B.F.A. réclamant le retrait ou la reformulation de certaines clauses, on pourrait imaginer, en dernier recours, qu'une telle sanction soit prononcée.

45. — Contrats conclus à distance ou par voie électronique. — En cas d'infraction à la L.S.S.I., un avertissement peut être adressé au contrevenant par le ministre de l'Economie ou un agent qu'il désigne (article 23 de la L.S.S.I.). S'il n'y donne pas suite, une action en cessation peut être intentée, le procureur du Roi peut être averti ou un règlement transactionnel peut lui être proposé. Une procédure d'avertissement est également prévue en cas de non-respect des dispositions de la L.P.C.C. (article 101 de la L.P.C.C.).

46. — Regards critiques sur les sanctions administratives. — Les sanctions administratives ne frappent que le cocontractant qui aurait méconnu ses obligations. *A priori*, si elles sont effectivement appliquées, elles peuvent se révéler dissuasives. Mais pour ce faire, encore faut-il que les autorités compétentes pour infliger la sanction soient informées de la méconnaissance de la loi, ce qui ne va pas forcément de soi. Pour le reste, le contrat n'est pas affecté et le preneur victime du non-respect du texte légal ou réglementaire n'en retire aucun avantage direct. S'il veut obtenir l'annulation du contrat, par exemple, il devra mettre en œuvre une autre procédure.

§ 3. — Sanctions pénales

47. — Pas de sanctions pénales spécifiques au droit des assurances. — On constate que, si des sanctions pénales sont prévues par la L.C.A.T. (article 139) ou la loi de contrôle (articles 83 et s.), aucune ne vise le non-respect des règles de forme. Le projet de loi intermédiation prévoit toutefois une peine d'emprisonnement et/ou une amende pour l'intermédiaire qui omettrait de mentionner les informations des futurs articles 12*bis* et 12*ter* de la loi du 27 mars 1995 (article 27 du projet de loi intermédiation, modifiant l'article 15 de la loi du 27 mars 1995).

48. — Contrats conclus à distance ou par voie électronique. — La L.S.S.I. prévoit des sanctions pénales en cas d'infraction à ses dispositions. Le non-respect des obligations d'information pré- ou post-contractuelles peut en effet donner lieu à des amendes de

(141) Voy. aussi les modifications apportées à l'article 16 de la loi du 27 mars 1995 par le projet de loi intermédiation (article 29).

(142) Pour une telle sanction lorsque les mentions prévues par l'article 4 de la L.C.A.T. ne sont pas insérées dans la proposition d'assurance, la demande l'assurance ou la police présignée (à propos de l'assurance incendie), voy. Ph. Colle, *Les contrats d'assurance réglementés*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 28, n° 11, p. 29, n° 14 et p. 30, n° 15.

(143) A cet égard, on pourrait d'ailleurs parler de formalisme administratif, à charge de l'entreprise d'assurance (voy. M. Demoulin et E. Montero, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 146-148).

250 à 10.000 EUR (article 26, § 2). Ces montants sont portés à 500 et 50.000 EUR si l'infraction est commise de mauvaise foi (article 26, § 4).

Des sanctions pénales sont également possibles en cas de méconnaissance des dispositions relatives aux contrats à distance portant sur des services financiers (article 102, alinéa 1^{er}, 6*bis* et article 103 de la L.P.C.C.).

49. — *Regards critiques sur les sanctions pénales.* — Pour autant qu'elles soient effectivement appliquées, des sanctions pénales peuvent se révéler dissuasives. Souvent, on peut toutefois douter qu'elles soient proportionnées (surtout s'il s'agit d'une peine de prison). Il convient donc d'y recourir avec parcimonie.

(à suivre)